Das

Vermächtniss des Niessbrauches

nach heutigem römischem Rechte.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doctorwürde

eingereicht bei der

juristischen Facultät

der Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg

am 28. April 1882

von

Eugen Diderichs aus Köln,

Gerichts-Referendar.

Freiburg in Baden.

Universitäts-Buchdruckerei von H. M. Poppen & Sohn.

1882.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41550801_0059

Uebersicht des Inhaltes.

Seite

§. 1. Einleitung 7

I. Gegenstände und besondere Fälle des p. Niessbrauches

A. Gegenstände

§. 2. 1. Einzelne Sachen 8

§. 3. 2. Ein ganzes Vermögen 11

§. 4. B. Besondere Fälle; Hervorhebung der l. 19. D. 33. 2. . 13

§. 5. II. Erwerb des p. Vermächtnisses 18

§. 6. III. Stellung des Usufruktuars zur lex Falcidia 21

IV. Die Cautionsverbindlichkeit des Fruktuars

§. 7. A. Zweck und Inhalt, Subjekte und Art der Caution . . 27

§. 8. B. Suspension der Ausübung des Ususfrukts bis zur Leistung der Caution 30

§. 9. C. Rechtsmittel des Proprietars bei nicht bestellter Caution 32

§. 10. D. Erlass der Caution 36

V. Accrescenzrecht beim p. Vermächtniss

§. 11. A. Im Allgemeinen 42

B. Einzelne Besonderheiten

§. 12. 1. Anwachsung eines bereits erworbenen Niessbrauches 46

§. 13. 2. Anwachsung zu Gunsten eines Collegatars auch nach Verlust des eigenen Niessbrauches 50

§. 14. 3. Anwachsung im Falle der Consolidation eines Niessbrauchtheiles in der Hand eines Collegatars . . 55

§. 1.

Einleitung.

Ein vorzugsweise häufiger und wichtiger Gegenstand von Vermächtnissen ist der Niessbrauch d. h. das dingliche, höchst persönliche Recht, eine fremde Sache in jeder Weise zu gebrauchen und deren Früchte zu beziehen, soweit es ohne Eingriff in ihre Substanz möglich ist.[1])

Während nämlich der Verkehr unter Lebenden wohl nur seltener die Constituirung eines solchen Rechtsverhältnisses hervorrufen wird, ist es bei letztwilligen Anordnungen ein leicht erklärbarer Wunsch, diesem oder jenem zeitlebens seine Existenz ganz oder theilweise durch Einräumung der Benutzung, dem andern aber die Sache selbst, das Eigenthum zu sichern; die vom Rechte dafür dargebotene Form ist aber die, dem einen den Gebrauch und Fruchtgenuss, dem andern die nuda proprietas d. h. das für die Gegenwart von jedem reellen Nutzen entblösste Eigenthum an einer Sache zu hinterlassen. Die Lehre vom Niessbrauch ist daher auch grösstentheils für diesen Fall berechnet; manche Sätze finden sogar eine rechte Auslegung nur von diesem Standpunkte aus; ferner ist der Ususfrukt und das legatum usufructus schon dem Civilrechte, also dem ältesten römischen Rechte bekannt. Es kann nun nicht der Zweck dieser Arbeit sein, alle überhaupt in die Lehre vom Vermächtnisse des Niessbrauches einschlägigen Punkte zu erörtern und zu be-

---

1) pr. Inst. 2. 4.; l. 1. Dig. 7. 1.

leuchten, sondern sie muss sich, um nicht zu weitläufig zu werden, darauf beschränken, die gerade durch die Verbindung von Legat und Ususfrukt in Einem Rechtsinstitut sich ergebenden Eigenthümlichkeiten hervorzuheben und zu veranschaulichen. Eine strenge Befolgung dieses leitenden Gedankens wird allerdings, weil mit dem Bestreben, ein zusammenhängendes Ganzes darzubieten, oft unvereinbar, nicht überall durchzuführen sein. Die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowohl über das Vermächtniss als über den Niessbrauch kommen, soweit hier nicht eine Abweichung hervorgehoben wird, bei dem Vermächtniss des Niessbrauches selbstverständlich zur Anwendung und bilden daher mit diesen Abweichungen zusammen das vollständige Recht für dasselbe.

I. Gegenstände und besondere Fälle.

A. Gegenstände.

§. 2.

1. Einzelne Sachen.

Ein Ususfrukt kann vom Testator angeordnet werden an allen Bestandtheilen eines Vermögens, also an körperlichen und unkörperlichen, an unverbrauchbaren und bei oder durch den Gebrauch verzehrbaren Sachen; „ut omnium rerum, quas in cuiusque patrimonio esse constaret ususfructus legari possit“ sagt l. 1. Dig. 7. 5.[1])

Der Niessbrauch an Consumtibilien und Rechten wird „uneigentlicher“ oder „Quasiususfrukt“ genannt zum Unterschiede vom „wahren“ oder „eigentlichen“. —

1) vergl. auch l. 2. §. 1. Dig. 7. 5.; §. 2. Inst. 2. 4.

Meistentheils findet die letztwillige Constituirung statt an einer species testatoris propria; der Bedachte erhält alsdann unmittelbar ein dingliches Recht.[2]) Aber auch eine Sache des Erben kann das Objekt bilden; eine solche Verfügung begründet zwischen dem Erben und dem Vermächtnissnehmer eine obligatio quasi ex contractu, dahingehend, dass ersterer verpflichtet ist, das fragliche Recht letzterem einzuräumen.[3]) Verwickelter wird das Verhältniss, wenn der Erblasser eine fremde Sache d. h. die eines Dritten mit dem Ususfrukt beschwert hat. Es muss hier ebenso, wie bei dem Legate einer fremden Sache, der Unterschied gemacht werden, ob der Testator mit Kenntniss dieser Qualität der Sache die Verfügung traf, oder ob er irrthümlich dieselbe für die seinige oder für die des Erben ansah.[4]) Im erstern Falle besteht das Vermächtniss zu Recht, und der Onerirte ist gehalten, dem Honorirten das Nutzungsrecht zu verschaffen[5]); ist dies aber wegen mangelnder Einwilligung oder unverhältnissmässig hoher Preisforderung des Eigenthümers der fremden Sache nicht ausführbar, so muss entweder an einer anderen Sache von gleicher Qualität und Quantität oder dem effektiven Werthe der Sache der Niessbrauch prästirt oder eine entsprechende Entschädigungssumme gezahlt werden[6]). Liegt hingegen auf Seiten des Testators ein Irrthum bezüglich des Eigenthums an der Sache vor, so ist das Vermächtniss regelmässig ungültig[7]), ausser

2) l. 1. Cod. 6. 43.; l. 2. eod.; §. 2. Inst. 2. 20.

3) §. 5. Inst. 3. 27.; l. 5. §. 2. Dig. 44. 7.; arg. l. 3. pr. Dig. 7. 1.; l. 19. Dig. 33. 2.

4) arg. l. 21. Dig. 22. 3.

5) arg. §. 4. Inst. 2. 20.; §. 1. Inst. 2. 24.; l. 39. §. 7 Dig. 30.; l. 10. Cod. 6. 37.

6) arg. §. 4. Inst. 2. 20.; l. 71. §. 3. Dig. 30.; l. 14. §. 2. l. 30. §. 6. Dig. 32.

7) arg. l. 67. §. 8. Dig. 31.; §. 4. Inst. 2. 20.

wenn an fremden Fungibilien, die sich im Besitze des Testators befanden, ein Quasiususfrukt bestellt war. Diese Ausnahme ist klar enthalten in l. 5. pr. Dig. 7. 5.: „Hoc senatusconsultum non solum ad eum pertinet qui pecuniae usumfructum vel ceterarum rerum quas habuit, legavit, verum et si fuerint alienae".

An einem bereits bestehenden Niessbrauche wird sich kein Ususfrukt legiren lassen; denn „servitus servitutis esse non potest" und der Niessbrauch als höchstpersönliches Recht erlischt mit dem Tode des Honorirten ipso iure. Daher kann zunächst ein dem Testator zustehender Niessbrauch nicht vermacht werden. Ferner werden wir den dem Onerirten gehörenden Ususfrukt nicht zu den Gegenständen des Vermächtnisses rechnen können, sondern nur eine Uebertragung seiner Ausübung. Wie verhält es sich aber, wenn am dies cedens das Nutzungsrecht dem Legatar selbst bereits zusteht? Ist das Recht begründet worden nach Errichtung des Vermächtnisses und zwar durch den Erblasser, so gilt dieses als ganze resp. theilweise Ademtion; wenn durch einen Dritten und nicht sub titulo lucrativo, so muss der Onerirte die Aestimation leisten. Bestand dagegen der Ususfrukt schon zur Zeit der letztwilligen Anordnung, so ist dieselbe, wie Rosshirt[8]) behauptet, nach der Catonianischen Regel[9]) nichtig, und selbst eine spätere Veräusserung an den Erblasser ändert an dieser Wirkung nichts. Meines Erachtens findet aber der angezogene Rechtssatz hier gar keine Anwendung; denn l. 3. Dig. 34. 7. bestimmt: „Catoniana regula non pertinet ad ....ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem". Beim legatum usufructus cedit aber dies legati nicht schon beim Tode des

8) Die Lehre von den Vermächtnissen Bd. 2. S. 158.
9) l. 1. pr. Dig. 34. 7.

Erblassers, sondern ausnahmsweise erst im Augenblicke des Antrittes der Erbschaft durch den Erben. Demgemäss wird sich das Verhältniss nach dem Zustande zur Zeit der Erbschaftsantretung reguliren: besteht beim Antritte der Ususfrukt, so bleibt das Legat ganz oder theilweise wirkungslos; besteht er nicht, so ist das Recht oder der der Werth desselben zu prästiren.

§. 3.

2. Ein ganzes Vermögen.

Durch ein Senatusconsult[1]) von streitigem Alter[2]) wurde der Niessbrauch am gesammten Vermögen oder an einem Bruchtheile desselben möglich gemacht[3]). Der ususfructus omnium s. partis bonorum ist als eine Summe vieler besonderer Ususfrukte aufzufassen; denn an jeder einzelnen der im Nachlasse enthaltenen Sachen entsteht ein einzelner Niessbrauch. Erst durch die Ermittelung und Unterscheidung der betreffenden Gegenstände wird sich im einzelnen Falle feststellen lassen, welche Art von Niessbrauch vermacht ist, ob eigentlicher oder Quasiususfrukt oder beide vereinigt. Das Nutzniessungsrecht wird nicht bloss die im Momente der Legatserrichtung vorhandenen Vermögensstücke begreifen, sondern auch die später bis zum Tode des Erblassers noch hinzugekommenen; denn einestheils datirt die Wirksamkeit des Vermächtnisses erst von diesem Tage[4]), anderntheils wird nach ihm der Umfang der Erbschaft regelmässig normirt[5]).

---

1) l. 1. Dig. 7. 5.

2) s. hierüber Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauche S. 25.

3) l. 29. Dig. 7. 1.; l. 24. pr., l. 32. §. 1. §. 8., l. 37., l. 43. Dig. 33. 2.; l. 1. Cod. 3. 33.

4) l. 5. §. 1. Dig. 36. 2.

5) l. 73. pr. Dig. 35. 2.; l. 6. Cod. 3. 28.; arg. Nov. 18. c. 3.

Auch Forderungen des Erblassers unterliegen dem Rechte des Universalusufruktuars[6]), da l. 37. Dig. 33. 2. ausdrücklich einen ususfructus calendarii statuirt, d. h. einen solchen an den Zinsen der ausstehenden Capitalien.

Eine einschneidende Beschränkung erleidet aber das Legat durch die Bestimmung, dass vor seinem Inkrafttreten die Aktiven zunächst zur Deckung der Passiven dienen müssen; denn Paulus[7]) erklärt zu unzweideutig: „bona intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt". Ebenso bestimmt drückt Pomponius den Gedanken aus in l. 69. Dig. 35. 2.: „usufructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est". In Folge gesetzlicher Bestimmung sind unter diesen Erbschaftsschulden auch zu verstehen die etwaigen Ansprüche von Pflichttheilsberechtigten[8]) und die des Erben bezüglich der quarta Falcidia[9]).

Wenn der Usufrukt an einem Theile des Nachlasses vermacht ist, so steht es in der Wahl des Beschwerten, ob er die einzelnen Erbschaftsgegenstände selbst oder den schätzungsweise ermittelten Geldbetrag derselben zum Fruchtgenuss hingeben will[10]). Hier ist jedoch zu bemerken, dass der Legatar, wenn die Wahl auf die Aestimation fällt, die Auszahlung derselben fordern kann wie bei jedem ususfructus pecuniae[11]). Eine von wenigen Juristen[12]) vorgeschlagene Ausdehnung der obigen alternativen Befugniss auf den ususfructus omnium bonorum

---

6) l. 49. i. f. Dig. 50. 16.

7) l. 39. §. 1. Dig. 50. 16.; l. 43. Dig. 33. 2.

8) l. 36. §. 2. Cod. 3. 28.; Nov. 1. prf. §. 2.

9) l. 29. Dig. 7. 1.; l. 1. §. 7. Dig. 35. 2.

10) l. 32. §. 8. Dig. 33. 2.; arg. l. 26. §. 2., l. 27. Dig. 30.

11) s. Arndts, Lehrb. d. Pandekten §. 575. Anm. 3.

12) Vering, römisches Erbrecht S. 770; Brinz, Lehrb. der Pandekten 1. Auflage S. 901.

hat Bürkel[13]) durch Interpretation der sub No. 9 citirten Stellen, sowie unter Bezugnahme auf das Verhältniss zwischen Erblasser und Honorirten treffend zurückgewiesen. Das schlagendste Argument hat Bürkel jedoch übersehen: die l. 32. §. 8. cit. enthält eine Ausnahme, indem nicht der Gegenstand des Legates selbst, sondern dessen Werth prästirt wird, Ausnahmen aber nicht ausgedehnt werden dürfen, nach der bekannten Regel[14]): „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias". Es hat also der Erbe bei dem Vermächtniss am ganzen Vermögen die hinterlassenen Objekte desselben in natura auszuantworten.

§. 4.

B. Besondere Fälle; Hervorhebung der l. 19. D. 33. 2.

Die gewöhnlichste Art der Hinterlassung des Ususfrukt besteht darin, dass dem Onerirten die nuda proprietas, dem Vermächtnissnehmer der ususfructus zugewendet wird. Umgekehrt kann auch der letztere die nuda proprietas erhalten und der erstere den ususfructus. Nicht minder ist es möglich, dass ein Legatar die blosse proprietas, ein anderer die Servitut bekommt[1]). „Der juristische Vorgang ist" in allen diesen Fällen „so zu denken, dass der Eigenthümer in Einem Akte das Eigenthum der Sache vergibt und die Sache belastet"[2]). — Der Ususfrukt ist ein dem Umfange nach theilbares Recht[3]); deshalb kann er mehreren Bedachten an der-

13) a. a. O. S. 96. f.

14) l. 14. Dig. 1. 3.; l. 141. Dig. 50. 17.

1) §. 1. Inst. 2. 4.; l. 6. pr. Dig. 7. 1.; l. 66. §. 7. Dig. 31.; l. 4. Dig. 33. 2.; l. 14. Cod. 3. 33.

2) Windscheid, Lehrb. der Pandekten, §. 656. No. 5.

3) l. 1. §. 9., l. 81. pr. Dig. 35. 2.; l. 13. §. 1. Dig. 46. 4.

selben Sache zu bestimmten Quoten zustehen. Die Theilbarkeit gilt auch hinsichtlich der Zeit; hierdurch ist die Möglichkeit gegeben, den Ususfrukt für getrennte Zeiträume, also einen solchen mit Unterbrechungen zu vermachen. Ist er nun z. B. für einzelne Jahre, Monate u. s. w. oder für ein Jahr um das andere u. s. w. angeordnet, so liegt ein Inbegriff von mehreren Legaten vor, deren jedes mit Eintritt des betreffenden Termins besonders erworben wird[4]). Wenn ein Ususfrukt ausdrücklich „auf Lebenszeit“ letztwillig vergeben ist, so wird angenommen, dass derselbe bei etwa eintretendem Verluste repetirt d. h. auf's Neue vermacht ist[5]). Analog wird die Repetition vermuthet bei Festsetzung eines andern bestimmten Endtermins[6]). Singulär gilt folgendes: soll das Recht dauern, „bis ein Dritter ein gewisses Alter erreicht“, und dieser stirbt vorher, so bleibt trotzdem der Bedachte noch nachher bis zu dem normirten Tage im Genusse[7]); denn hier war weniger die Lebensdauer der betreffenden Person, als ein bestimmter Zeitraum in's Auge gefasst. Ebenso wird der bis zur Erfüllung einer gewissen Bedingung in der Person eines Dritten legirte Fruktus durch den Tod desselben nicht aufgehoben, sondern bis zu dem des Bedachten ausgedehnt[8]), weil der Zustand der Schwebe, wäre die Person am Leben geblieben, noch hätte fortwähren können, der Testator aber von der Dauer des Lebens das Bestehen der Servitut nicht abhängig gemacht hatte.

Einer eingehenderen — deshalb bis an diese Stelle verschobenen — Besprechung bedarf der Fall, dass der

---

4) l. 1. pr. Dig. 7. 3.; l. 1. §. 3., l. 2. §. 1., l. 28. Dig. 7. 4.; l. 11., l. 13. Dig. 33. 2.

5) l. 5. pr. Dig. 7. 4.

6) l. 3. pr. Dig. 7. 4.

7) l. 12. pr. Cod. 3.33.

8) l. 12. §. 1. Cod. 3. 33.

Erblasser zuerst jemandem die Sache selbst, dann einem andern den Niessbrauch an der nämlichen Sache vermacht hat. In mehreren Quellenstellen[9]) findet sich hierfür die Entscheidung, dass bei einer solchen Verfügung beiden Legataren die Servitut zu gleichen Theilen gemeinsam würde. Vorzüglich drückt diesen Gedanken aus die l. 19. Dig. 33. 2.; Modestin sagt hier: „Si alii fundum, alii usumfructum eiusdem fundi testator legaverit, si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. Nam detracto usufructu proprietatem eum legare oportet eo modo: Titio fundum detracto usufructu lego, vel: Seio eiusdem fundi usumfructum heres dato. Quod nisi fecerit, ususfructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit".

Ueber die heutige Anwendbarkeit dieser Gesetzesvorschrift ist seit langer Zeit ein lebhafter Streit geführt worden. Die Vertheidigung der Anhänger[10]) derselben gipfelt in folgender Erwägung: Fundus bedeute nach römischem Sprachgebrauch das volle, ungeschmälerte Eigenthum des Gutes mit Inbegriff des Niessbrauches. So oft von Eigenthum gesprochen würde, begreife man von selbst darunter auch das Recht, die Sache in jeder möglichen Weise zu gebrauchen und die Früchte zu ziehen. Der Ususfrukt sei zwar nicht ein aliquoter Theil des Eigenthums, wohl aber der darin enthaltenen Rechte. Wenn demgemäss das Eigenthum schlechtweg ohne nähere Bestimmung vermacht sei, so sei damit auch das Gebrauchs- und Nutzungsrecht übergeben; auf den

9) l. 4., l. 6. pr., l. 9. Dig. 7. 2.; l. 6. pr. Dig. 7. 5.; l. 19. Dig. 33. 2.; cfr. Vat. fr. §. 74. §. 88. Dementsprechend die Regelung des Accrescenzrechts in l. 3. §. 2. Dig. 7. 2., l. 26. §. 1. Dig. 33. 2.; Vat. fr. §. 83.

10) Arndts, §. 575; Baron, Pandekten §. 451; Puchta, Pandekten §. 532; Rosshirt Bd. 2. S. 176; Vering S. 772; Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten S. 296; Glück's Commentar der Pandekten Bd. 9. S. 189.

Willen des Testators habe man dabei nicht zu sehen, sondern nur auf die angewandten Worte und selbst bei erweislich entgegengesetzter Absicht sei, wie auch Modestin meine, dennoch an der Entscheidung des Gesetzes festzuhalten. Wolle der Erblasser aber auf jeden Fall eine Trennung der in dem Eigenthum enthaltenen Befugnisse eintreten lassen, so müssten die Worte „deducto usufructu“ hinzugesetzt werden. — Dieser Beweisführung möchte ich folgendes entgegenhalten: Ist in einer letztwilligen Verfügung jemanden der Niessbrauch an einer Sache ohne Vorbehalt hinterlassen, so erblickt jeder in dieser Disposition die Einräumung der Befugniss, das betreffende Objekt ganz und auf jede Weise zu nutzniessen; soll dieses nicht geschehen, so muss eben eine ausdrückliche entgegengesetzte Bestimmung getroffen sein, und wenn diese mangelt, verbleibt es bei den Worten des Testators. Der Begriff des vollen Eigenthums und des vollen Nutzungsrechtes stehen sich folglich in diesem Falle gleichberechtigt gegenüber. Der deutsche Sprachgebrauch kann sich bei einer solchen Collision nicht in die unerträgliche Auffassung hineindenken, als ob es noch einer spezielleren Beschränkung der im Eigenthum liegenden Rechte bedürfte, als sie gerade schon darin liegt, dass der andere Collegatar das Gebrauchs- und Nutzungsrecht schlechtweg, d. h. ohne Festsetzung einer Grenze vermacht erhält. Das ius utendi fruendi nimmt ferner nicht eine so wesentliche Stellung in den Eigenthumsbefugnissen ein, als dass die Gesetze jenes niemals in diesen unbeachtet lassen könnten. Der Begriff des Eigenthums bleibt bestehen, mag dasselbe noch so eingreifende Beschränkungen erleiden; er wird durchaus nicht aufgehoben, wenn auch ein anderer den Niessbrauch ausüben darf; es hindert uns also nichts, in einer letztwilligen Verfügung „Eigenthum“ als proprietas deducto

usufructu aufzufassen. — Man wird wohl, wie viele juristische Schriftsteller es auch thun[11]), in der eben mitgetheilten lex einen Ausfluss des alten römischen formellen Rechts zu erblicken haben, in welchem es ausschliesslich auf die gebrauchten Worte ankam. Seitdem aber Justinian die Exäquation der Legate und Fideicommisse vornahm, ist bei weitem mehr auf den letzten Willen zu schauen, als auf die Formen, in welchen sich dieser äussert[12]). Die strenge Auslegungsart Modestin's erscheint auch geradezu auffällig, wenn man bedenkt, welche ausgedehnte Freiheit das Recht der Fideicommisse sonst bei der Beurtheilung eines letzten Willens gestattete[13]). Eine Auslegung der Testamentsworte obendrein im grellen Widerspruche mit dem offen dargelegten Entschlusse des Testirenden, wie eine solche vom alten römischen Rechte zugelassen wird, entspricht nicht dem heutigen Rechtsgefühle. Wir werden demgemäss uns im Zweifel stets trotz dieser ausdrücklichen Quellenaussprüche lediglich an die wirkliche Absicht und Meinung des Erblassers zu halten haben und der entsprechend dem einen die nuda proprietas, dem andern den fructus am ganzen Objekte zuerkennen müssen.

Dem gleichen Prinzipe folgend beurtheilen wir alsdann auch die l. 9. Dig. 7. 2., in welcher mehreren als Eigenthümern und einem als Usufruktuar oder umgekehrt einem als Eigenthümer und mehrern als Usufruktuaren die nämliche Sache legirt wird.

„Si proprietas fundi duobus, ususfructus uni legatus sit, non trientes in usufructu habent, sed semissem duo,

---

11) Windscheid §. 656. Anm. 6; Tewes, römisches Erbrecht S. 359; Unger, österreichisches Erbrecht §. 71. Note 5; Arndts in Glück's Commentar Bd. 48. S. 182.

12) l. 16. Cod. 6. 42.; l. 3. Dig. 30.

13) l. 127. Dig. 30.

semissem fructuarius; item contra si duo fructuarii et unus fundi legatarius sit". Den oder dem zukünftigen Eigenthümer werden wir nicht die Hälfte des Niessbrauches zukommen lassen, sondern einfach das, worauf sie eingesetzt sind, die nuda proprietas. — Mit einer derartigen Erledigung der Streitfrage steht vollkommen in Uebereinstimmung die l. 4. Dig. 7. 2. „Si tibi proprietas fundi legata fuerit, mihi autem et Maevio et tibi eiusdem fundi ususfructus, habebimus ego et Maevius trientes in usufructu". Hier wird mit ganz deutlichen Worten demjenigen, der die einfache Proprietät erhalten hat, noch mit andern vereinigt der Ususfrukt an demselben Grundstücke gegeben, so dass sie in denselben zu gleichen Theilen einrücken. Dass Schneider[14]) gerade dieses Gesetz neben dem in den vorhergehenden Seiten von ihm aufgestellten Prinzipe — er ist für die heutige Gültigkeit der l. 19. Dig. 33. 2. — als zu Recht bestehend anerkennen kann, ist wohl als Vergesslichkeit aufzufassen. Wollte er sich consequent bleiben, so musste er folgendermassen entscheiden: Wenn A die Proprietät, B, C und A den Ususfrukt hinterlassen bekommen, so fällt an A vorweg $^3/_6$ des Nutzungsrechtes und auf Grund des zweiten Legates und der Konkurrenz mit B und C noch $^1/_6$, so dass er im Ganzen $^4/_6$ erwirbt, nicht aber $^2/_6$, wie die lex sagt[15]).

§. 5.

II. Erwerb des p. Vermächtnisses.

Gewöhnlich gilt bezüglich des Erwerbes eines Vermächtnisses die Regel, dass der dies cedens[1]), d. h. die Anwartschaft auf das legirte Recht mit dem Tode des

14) a. a. O. S. 301.

15) Bei dem nachträglichen Studium von Arndts in Glück's Commentar Bd. 48 S. 181 finde ich eine Bestätigung dieser Ansicht, da sie auch die dieses Autors ist.

1) l. 213. Dig. 50. 16.

Erblassers[2]) und der dies veniens[3]) d. h. der wirkliche Erwerb des vermachten Rechts mit dem Momente eintritt, in welchem der Erbe die Erbschaft erwirbt[4]). Rücksichtlich des Niessbrauchlegats ist jedoch eine Ausnahme gemacht und der Grundsatz aufgestellt worden, dass eine Berechtigung des Honorirten vor der Erbschaftsantretung oder den dieser gleichgestellten Ereignissen aussgeschlossen sei, mit anderen Worten, dass der dies cedens mit dem dies veniens zusammenfalle. „Dies autem ususfructus non prius cedet, quam hereditas adeatur; tunc enim constituitur ususfructus, quum quis iam frui potest". l. 1. §. 2. Dig. 7. 3[5]). Es erscheint dieser die Regel abändernde Satz bei näherer Betrachtung durchaus begründet. Der Ususfrukt ist nämlich ein höchstpersönliches Recht[6]); die Wirksamkeit eines ihn zum Inhalt habenden Vermächtnisses ist an eine individuell bestimmte Person geknüpft, mit deren Tode sie ebenfalls erlischt; daher ist die hauptsächliche Bedeutung und Wirkung der gewöhnlichen Delation, bestehend in der Transmission des Erwerbsrechtes auf die Erben des Bedachten, beim Legate des Niessbrauches unmöglich. Das ganze Interesse ist also hier lediglich darauf gerichtet, dass dem betreffenden Legatar das Recht constituirt wird, und, bevor dieses geschicht, ist ein Interesse auf Seiten des Legatars gar nicht vorhanden. Wenn allerdings der Erbe die Antretung des Nachlasses böswillig verzögert hat, so kann

---

2) l. 5. pr. Dig. 36. 2.; l. un. §. 1. §. 5. Cod. 6. 51.

3) l. 7. §. 5. Dig. 4. 3.; l. 15. pr. Dig. 9. 2.; l. 69. pr. Dig. 30.

4) l. 19. §. 1. Dig. 8. 6.; l. 16. §. 1. Dig. 28. 1.; l. 5. §. 8. Dig. 27. 9.

5) vergl. auch l. 2. l. 3. l. 5. §. 1. §. 2. l. 7. l. 9. Dig. 36. 2.; l. 1. §. 4. Dig. 7. 3.; l. 5. Dig. 33. 2.

6) §. 3. Inst. 2. 4.; l. 47. Dig. 7. 1.; l. 3. §. 3. Dig. 7. 4.; l. 9. Dig. 7. 5.; l. 21. Dig. 7. 8.

er zu einer Entschädigung des Legatars angehalten werden[7]).

Die bezüglich des Erwerbs geltende Regel gelangt nicht immer zur Anwendung. Ist dem Vermächtnisse eines Ususfrukt eine Bedingung oder Befristung hinzugefügt, so soll zur Konstituirung des Rechts erst deren Eintritt abgewartet werden[8]). Der auf bestimmte Zeit legirte Niessbrauch wird als ein Komplex von Legaten angesehen; der erste dies cedirt folglich allein nach der Regel, die übrigen mit den einzelnen Terminen[9]).

Aus dem Vorstehenden erhellt, dass der dies cedens für den Niessbrauchslegatar eine viel grössere Bedeutung besitzt, als dieses bei den anderen Vermächtnissen der Fall ist; denn er erhält nicht bloss die Aussicht auf den Erwerb, sondern erwirbt das Recht selbst. Die nämliche Wirkung äussert die Erbschaftsantretung bei dem am ganzen Nachlass legirten Ususfrukt; seiner Herrschaft sind alsbald alle Vermögensstücke unterworfen, mit Ausschluss derjenigen jedoch, welche durch Gesetz — es werden z. B. individuell bestimmte Sachen geschuldet —, den Willen des Erblassers oder vermöge eventueller Wahlbefugniss des Erben zur Tilgung der Passiven bestimmt sind.

Der Legatar kann im Momente des dies cedens unmittelbar ein dingliches Recht an der der Benutzung unterliegenden Sache erwerben; dieses hat aber zur Voraussetzung, dass das Objekt in dem Nachlasse enthalten, dass es unverbrauchbar ist und der Wille des Erblassers nicht die in Rede stehende rechtliche Folge ausgeschlossen hat[10]). Im Falle des Mangels einer der

---

7) l. 36. §. 2. l. 17. Dig. 7. 1

8) l. 1 §. 3. Dig. 7. 3.

9) l. 1. pr. Dig. 7. 3 ; l. 13. Dig. 33. 2.

10) l. 1. Cod. 6. 43.; cfr l. 2. eod ; §. 2. Inst 2. 20.

Voraussetzungen steht dem Bedachten gegen den Beschwerten nur ein Forderungsrecht zu — actio legati, a. ex testamento — auf vollständige Gewährung des Ususfrukt resp. des Schätzwerthes desselben[11]). Hinsichtlich der Consumtibilien setzt die l. 7. Dig. 7. 1. fest, dass zum Uebergang des Eigenthums an ihnen die Tradition von Seiten des Onerirten erforderlich ist. „ . . . . . si vini, olei, frumenti ususfructus legatus erit, proprietas ad legatarium transferri debet". Insbesondere bei den Forderungen findet ein unmittelbarer Uebergang derselben vom Erblasser auf den Usufruktuar nicht statt, sondern es muss eine cessio nominis durch den Erben erfolgen[12]); nur bei geleisteter oder erlassener Kaution kann der Legatar auch ohne besondere Cession actione utili in eigenem Namen klagend auftreten[13]).

§. 6.

III. Stellung des Usufruktuars zur lex Falcidia.

Gemäss der lex Falcidia hat der Erbe das Recht zu verlangen, dass ein Viertel seiner Erbquote frei vom Vermächtnisse bleibe. Bei Ueberschreitung der angegebenen Grenze muss eine Reduktion des letzteren eintreten[1]) und zwar in der Art, dass der Geldwerth des vermachten Gegenstandes als eigentlicher Inhalt des Legates angenommen, und dem Erben ein Anspruch auf den sein Recht verletzenden Theil der Summe gewährt wird. Besondere Schwierigkeiten bietet aber die Ermittelung des Betrages eines Legates, wenn es sich, wie es beim

---

11) l. 44. §. 9. Dig. 30.; l. 39. pr. l. 116. §. 4. Dig. eod.
12) l. 44. §. 6. Dig. 30.
13) l. 18. Cod. 6. 37.
1) l. 1. pr. Dig. 35. 2.

Ususfrukt regelmässig der Fall ist, um Rechte handelt, die mit der Lebensdauer einer Person verknüpft sind. Der Richter kann sich bei der Berechnung nicht auf gewöhnliche Mortalitätstabellen stützen; denn solche entbehren der legislatorischen Kraft; er bedarf vielmehr einer positiven gesetzlichen Veranschlagung und diese gibt ihm die l. 68. pr. Dig. 35. 2. an die Hand.

Ehe wir zur näheren Erläuterung dieses praktisch so wichtigen Gesetzes übergehen, wollen wir mit einigen Worten der Einwendungen gedenken, welche gegen die heutige Gemeingültigkeit der l. 68. pr. erhoben worden sind. Zunächst hat man auf l. 1. §. 9. eod. und auf den darin enthaltenen Vorschlag bezüglich des Abzuges der quarta Falcidia hingewiesen[2]). Aristo hält nämlich in dieser Gesetzesstelle dafür, dass der Erbe einfach ein Viertel des Ertrages, welchen das Niessbrauchsobjekt abwirft, wie von körperlichen Sachen zurückbehalten könne. Augenscheinlich wird diese Methode aber sehr selten anwendbar sein, dann nämlich nur, wenn die Erbschaft so überbürdet ist, dass dem Erben nichts mehr verbleibt, und er sich nur durch Retention eines ganzen Viertels helfen kann. Aeltere Juristen[3]) behaupten ferner, dass die l. 68. ursprünglich bloss für die vicesima hereditatum gegolten habe, und dass Tribonian durch willkürliche Umänderung des Wortes „vicesima“ in „Falcidia“ sie in Anwendung erhalten habe, dass folglich die Stelle auf gesetzliche Autorität keinen Anspruch machen könne. Wenn nun auch ersteres zugegeben werden muss, so kann auf letzteres erwidert werden, dass durch Aufnahme der emblemata Triboniani in die Pandekten und deren

---

2) Voorda, comm. ad leg. Falc. cap. 9. §. 3. pag. 203; Huber, praelectiones iur. civ.

3) Cuiacius, observationes lib. 9. cap. 24.; Voorda, l. c. cap. 9. §. 5. pag. 216.; Schmelzer, comm. de probabilitate vitae, sect. II.

Publikation Justinian dieselben ratihabirt und dem übrigen Inhalte an gesetzlicher Kraft vollständig gleichgestellt hat. Mögen schliesslich einige Schriftsteller[4]) sich gegen die heutige Anwendbarkeit und Gültigkeit der in l. 68. enthaltenen Lebenstabellen als gesetzlichen Norm für die Bestimmung der menschlichen Lebensdauer erklärt haben, so hat andererseits die grössere Mehrzahl der Rechtslehrer[5]) sich ebenso entschieden für dieselbe ausgesprochen.

Das principium der l. 68. gibt nun 2 Berechnungsarten der Lebensdauer eines Menschen an; die eine stammt von Ulpian, die andere von Aemilius Macer. Dieser Jurist sagt Folgendes: Ist der Vermächtnissnehmer unter 30 Jahren, so werden noch 30 Lebensjahre gerechnet, ist er über 30 Jahre, noch so viele, als ihm an 60 fehlen. Nach dem Referate Macer's lautet die Ulpian'sche Tabelle: 1 — 20: 30; 20 — 25: 28; 25—30: 25; 30—35: 22; 35—40: 20; 40– 50: so viel als an 59 fehlt; 50—55: 9; 55—60: 7; 60 + x: 5. Von den beiden Tabellen stellt sich auf den ersten Blick jene als die kürzere und einfachere dar, während diese sich nach den heutigen Erfahrungen als sehr eingehend, ausführlich und genau charakterisirt und daher meistens zu einem annähernd sichern Resultate führen wird. Der Berechnungsart Macer's haftet insbesondere der augenfällige Mangel an, dass sie betreffs der Lebenszeit über 60 Jahre hinaus gar keine Bestimmung trifft.

Wir gelangen nunmehr zu der theoretisch eben so schwierigen als praktisch wichtigen Beurtheilung des

---

4) Grönewegen, tract. de legibus abrogatis, ad. l. 68; Vöt, comment. ad. Pand. l. 35. t. 2. §. 7.; Hommel, rhapsodia quaestionum t. VI. obs. 741.

5) Rosshirt, Bd. 1. S. 553; Puchta §. 546; Mackeldey, Lehrb. d. röm. R. Bd. 2. §. 719; v. Vangerow, Pand. Bd. 2. S. 486; Arndts im R. L. v. Weiske Bd. 6. S. 332.

Verhältnisses, in welchem beide Berechnungsweisen zu einander stehen. Die Mehrzahl der juristischen Schriftsteller ist über diese Frage mit Stillschweigen hinweggegangen; nur einige[6]) haben durch eingehende Studien für den wirklichen Bedarf Abhülfe zu schaffen gesucht. Zum Verständnisse des Folgenden geben wir die l. 68. pr. im Auszuge wieder: „Aemilius Macer. — Computationi in alimentis faciendae hanc formam esse Ulpianus scribit, ut....; eoque nos iure uti, Ulpianus ait, et circa computationem ususfructus faciendam. Solitum est tamen .....Sic denique, et si Reipublicae ususfructus legetur .....triginta annorum computatio fit". Pfeiffer[7]) theilt die lex in zwei Abschnitte, deren letzterer mit den Worten: „Eoque nos iure...." beginnt, und stützt hierauf und auf andere nachher zu besprechende Gründe die Behauptung, dass der Ulpian'sche Massstab als „Rechtsregel" für Berechnung der Lebensdauer bei dem Vermächtnisse von Alimenten zu betrachten sei, während der des Macer als „thatsächliche Abweichung von dieser Regel" bei dem legirten Niessbrauche in Anwendung zu kommen habe. Mit der Auffassung Pfeiffer's von hier vorliegender Regel und Ausnahme kann man sich vollständig einverstanden erklären. Ob dagegen die respektive Anwendung der einen Tabelle auf das Legat der Alimente und der andern auf das des Niessbrauches, — welche Anwendung auch von Fritz in Löhr's Magazin Bd. 4. S. 248 verlangt wird —, adoptirbar sei, erscheint mir zweifelhaft. Eine andere Auslegung möchte vielleicht näher liegen. Wie die Interpunktion schon andeutet, kann man sich die Stelle in drei Theile zerfallend denken.

---

6) Vöt, Voorda, Schmelzer a. d. a. O.; Konopack, Beiträge zur Lehre v. d. Berechnung d. qu. F.; Rosshirt, Bd. 1. S. 552; Arndts R. Lex. Bd. 6. S. 431; namentlich B. W. Pfeiffer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 28. No. 13.

7) a. a. O. S. 326.

Die beiden ersten stellen allgemein die präsumtive Lebensdauer für den Fall von legirten Alimenten fest und zwar gibt die lex zuvörderst an, was das geltende Recht anordne, mit der ausdrücklichen Erklärung, dass dieses im Falle eines legirten Ususfrukt anzuwenden sei; dann spricht das Gesetz an zweiter Stelle von der bei dem Alimentenvermächtnisse wirklich in Ausübung gekommenen Methode. Der dritte Abschnitt der lex wird von der Bestimmung über den einer res publica hinterlassenen Niessbrauch ausgefüllt. Pfeiffer benutzt denselben ganz besonders zur Vertheidigung seiner Ansicht, indem er erklärt, dass bei dem Legate zu Gunsten der res publica im unmittelbaren Anschluss an die vom Ususfrukt geltenden Worte der bei diesem zu Grunde gelegte Zeitraum von 30 Jahren ebenfalls massgebend sei. Mit demselben Rechte wie Pfeiffer kann aber auch ich diesen Satz für meine Meinung in Anspruch nehmen; denn wie die Ulpian'sche Scala zeigt, ist gleichfalls in dieser der Zeitabschnitt von 30 Jahren als Ausgangspunkt gewählt. Ausser in der Wortfassung findet die oben im Gegensatze zu Pfeiffer aufgestellte Interpretation der l. 68. cit. ihren innern Grund und vorzügliche Rechtfertigung in folgender Erwägung. Durch die Hinterlassung eines Niessbrauches wird dem Honorirten ein bei weitem umfangreicheres und desshalb den Onerirten viel drückenderes Recht eingeräumt, als durch die letztwillige Zuwendung von Alimenten. Die Aestimation der letzteren wird stets leicht und ziemlich genau zu ermitteln sein; dagegen die Veranschlagung des Werthes der Nutzniessung eines Jahres wird ohne Beeinträchtigung des einen oder andern dabei Interessirten ungemein schwierig sein. Daher wird es sich schon mit Rücksicht darauf jedenfalls empfehlen, bei der Ermittelung der muthmasslichen Lebensdauer im Falle eines legirten Niessbrauches

die, wie schon erwähnt, wohl ausgedachte Berechnungsart Ulpian's zu Grunde zu legen.

Ausser der eben erörterten Controverse bildet die l. 68. cit. auch noch in anderer Beziehung den Gegenstand eines Streites. Man hat nämlich oft die Frage aufgeworfen: hat das unter Benutzung einer Tabelle sich ergebende Resultat eine vorläufige oder endgültige Wirksamkeit? Trotz der entgegengesetzten Ansicht der meisten Schriftsteller[8]) kann man sich in diesem Punkte vollständig der Meinung Pfeiffer's[9]) anschliessen, der sich mit voller Ueberzeugung für die definitive Geltung entschieden hat. Es ist allerdings von den Gegnern ein erhebliches Moment geltend gemacht worden, dahin gehend, dass, wenn man ihrer Meinung nicht beipflichte, meistentheils der eine oder andere Betheiligte in Folge gar nicht vorauszusehender späterer Vermehrungen oder Verminderungen zu Schaden kommen könne. Allein dem kann entgegengehalten werden, dass bei einer Auseinandersetzung im Wege des Vergleiches, wie sie hier zwischen den Interessenten statt hat, es nicht anders möglich ist. Namentlich kann man sich bei der Vertheidigung einer definitiven Regelung des fraglichen Verhältnisses darauf berufen, dass in der l. 68. von einer Sicherheitsleistung nicht die Rede ist, welche doch in den Fällen der Einrichtung eines Provisoriums in den Pandekten[10]) immer erwähnt wird. Was für Schwierigkeiten würden sich auch erheben, wenn nach einer möglicherweise langen Reihe von Jahren noch einmal eine Abrechnung zwischen Erben und Legataren erfolgen müsste. Rosshirt[11]) sagt deshalb treffend: „Ein

---

8) es sind dies die in Note 6. angegebenen Juristen ausser Rosshirt und Pfeiffer.

9) a. a. O. S. 334.

10) arg. l. 73. §. 1. Dig. 35. 2.; l. 1. §. 4. §. 11. Dig. 35. 3.

11) a. a. O. S. 560.

Provisorium würde auf das praktische Absurdum führen, statt den Knoten gelöst, ihn noch mehr verwirrt zu haben".

IV. Die Cautionsverbindlichkeit des Usufruktuars.

§. 7.

A. Zweck, Subjekte und Art der Caution.

Die Pflichten des Niessbrauchlegatars bestehen hauptsächlich darin, dass er einerseits die fremde Sache wie ein bonus ac diligens paterfamilias benutze, und für die Erhaltung derselben in gutem Stande sorge[1]), anderseits, dass er nach Beendigung seines Rechts das Objekt so, wie es sich durch ordnungsmässigen Gebrauch gestaltet hat — „quod inde extabit" sagen die Quellen — dem Proprietar zurückgebe[2]). Damit letzterer nun für die Erfüllung der doppelten Verbindlichkeit des Fruktuars, bis zu welchem Zeitpunkte zudem viele Jahre verfliessen konnten, auch gesichert sei — „nam sicuti debet fructuarius uti frui, ita et proprietatis dominus securus esse debet de proprietate" l. 13. pr. Dig. 7. 1. —, führte der Prätor die cautio usufructuaria ein und bestimmte ausdrücklich, dass dieselbe sowohl bei beweglichen wie unbeweglichen Sachen geleistet werden müsse[3]). Das oben schon öfters erwähnte senatusconsultum, welches alle Gegenstände eines Vermögens niessbrauchsfähig machte, schloss sich dem prätorischen Gebote an und verordnete in ganz analoger Weise beim uneigentlichen

---

1) l. 9. §. 2. l. 15. §. 4. Dig. 7. 1.; l. 1. §. 3. Dig. 7. 9.; §. 38. Inst. 2. 1.

2) l. 1. pr. §. 7. Dig. 7. 9.

3) l. 13. pr. Dig. 7. 1.; l. 1. §. 2. Dig. 7. 9.; l. 4. Cod. 3. 33.

Niessbrauche die cautio quasi usufructuaria[4]); sie wird „civilis“ oder „senatoria“ zum Unterschiede von der „praetoria“ genannt und ist, weil der Vermächtnissnehmer zugleich Eigenthümer der Substanz ist, nur darauf gerichtet, dass statt des ursprünglichen Gegenstandes der Servitut ein anderer von gleicher Quantität und Qualität oder der Werth desselben später prästirt wird[5]).

Die Caution wird von demjenigen geleistet, dem die Verbindlichkeit dazu obliegt; dieses ist regelmässig der Usufruktuar selbst. Im Falle der Betheiligung mehrerer Legatare pro partibus indivisis an dem Nutzungsrechte erstreckt sich die Verpflichtung auf jeden pro rata. Die Berechtigung der mehrern kann aber auch eine successive sein; namentlich trifft dieses zu, wenn der Niessbrauch einer Person und deren Erben vermacht ist; alsdann haben die letzteren den Usufrukt auf Grund eigenen Rechtes als einen neuen, von dem ihres Erblasser verschiedenen und müssen daher selbstständig, ebenso wie dieser Caution leisten[6]). Ist das Vermächtniss eines Niessbrauches an jemanden erfolgt mit dem Endzwecke, dass er von diesem einem Dritten überlassen werde, so gilt der Beauftragte als blosse Mittelsperson und der Empfänger als der eigentlich Honorirte; von ihm kann daher auch allein die Cavirung beansprucht werden[7]). Eine indirekte Abnahme der Cautionslast von der Person des Fruktuars enthält die l. 8. Dig. 7. 5.; hier hat der Testator die Caution ebenfalls legirt, indem er zwei von drei Erben mit der Bürgschaftsübernahme onerirt; der solcher Gestalt Bedachte kann alsdann darauf klagen, dass jeder der beiden Onerirten für seinen Theil, d. h.

4) l. 8. Dig. 7. 5.; l. 6. pr. Dig. 36. 4.
5) §. 2. Inst. 2. 4.; l. 7. Dig. 7. 5.; l. 7. §. 1. Dig. 7. 9.
6) l. 38. §. 12. Dig. 45. 1.; l. 5. Dig. 7. 4.
7) l. 9. pr. Dig. 7. 9.; l. 29. Dig. 33. 2.

für die Hälfte cavire, und dass der, dem cavirt worden ist, insoweit den Ususfrukt leiste. Eine analoge Anwendung dieser Bestimmung müssen wir auch dann zulassen, wenn nur zwei Erben vorhanden sind; es hält sich hier jeder derselben an die vom Miterben gestellten Bürgen. — Die Caution wird demjenigen bestellt, der ein rechtliches Interesse an ihr hat, also dem Proprietar, weil ja nach beendigtem Niessbrauche die Sache an ihn zurückgehen soll. Steht das Eigenthum derselben mehrern Personen zu, so muss jedem einzelnen pro rata cavirt werden[8]). Ist jemanden die Proprietät unter einer Bedingung vermacht, so hat der Nutzniesser wegen des ungewissen Resultates der Nebenbestimmung sowohl dem Dritten als dem eingesetzten Erben Sicherheit zu leisten; sobald die Bedingung unzweifelhaft erfüllt oder nicht erfüllt ist, erhält er die eine Caution zurück[9]). — Eine Eigenthümlichkeit ergibt sich, wenn zu dem fructus an derselben Sache mehrere Legatare berechtigt sind; alsdann sichern sie dem Erben die Restitution und sich selbst gegenseitig das Anwachsungsrecht[10]).

Rücksichtlich der Art der Cautionsleistung gilt der Grundsatz, dass in der Regel zuverlässige Bürgen für die Verbindlichkeiten des Vermächtnissnehmers einstehen müssen. Denn die Quellen[11]) bedienen sich bei dieser Gelegenheit des Ausdruckes „satisdatio“; in l. 3. Cod. 6. 38. wird aber ausdrücklich erklärt, dass „satisdatio“ gleichbedeutend sei mit „fideiussoris datio“. Was geschieht jedoch, wenn der Cautionspflichtige nicht im Stande ist, genügende Bürgen zur Stelle zu bringen?

---

8) l. 13. pr. Dig. 7. 1.; l. 9. §. 4. Dig. 7. 9.
9) l. 8. Dig. 7. 9.
10) l. 8. Dig. 7. 9.
11) l. 13. pr. Dig. 7. 1.; l. 5. §. 1. Dig. 7. 9.

Das corpus iuris schweigt im Allgemeinen über diese jedenfalls häufig eintretende Eventualität; nur die oben S. 28 besprochene l. 8. Dig. 7. 5. enthält eine einschlägige Bestimmung. Hat aber der Testator eine Anordnung, wie sie in dieser lex vorgesehen ist, nicht getroffen, so können wir gegebenen Falls nicht anders, als die Hülfe der Wissenschaft[12]) in Anspruch nehmen und folgendermassen die Lücke auszufüllen suchen: Beim Mangel von Bürgen hat der Richter mit Rücksichtsnahme auf die Persönlichkeit des Verpflichteten und den Werth des Objektes entweder Caution durch juratorisches Versprechen oder Pfandbestellung zu verfügen. Ist erstere nicht rathsam oder letztere nicht zu beschaffen, so sind Immobilien zu verpachten oder zu sequestriren, Geldsummen und der Erlös von den zu verkaufenden Mobilien auszuleihen; als Surrogat der persönlichen Ausübung des Niessbrauches erhält alsdann der Legatar die Pachtgelder und Zinsen ausgeantwortet.

§. 8.

B. Suspension der Ausübung des Usufrukt bis zur Leistung der Caution.

Wie die meisten Rechtslehrer[1]) mit vollem Grund annehmen, ist die cautio usufructuaria nicht ein Bestandtheil des vom Gesetze selbst aufgestellten Begriffes, sondern nur ein naturale des Usufrukt, dem alten Institute des Civilrechts durch Prätor und Senat erst hinzugefügt zur Sicherung und folglich Besserung der Rechte des

---

12) Glück's Commentar Bd. 9. S. 491; hiermit übereinstimmend code civil Art. 602 und 603.

1) Vöt, Commentar lib. 7, tit. 9 und 11; Thibaut, Syst. d. P. R. Bd. 2. §. 619; Arndts §. 180; Windscheid §. 204; Puchta §. 181. Anm. n. Glück's Commentar Bd. 9. S. 479.

Proprietars; bei der Annahme des erstern würde der Legatar nicht schon mit der Erbschaftsantretung resp. dem Eintritte einer Bedingung oder eines Termins das Recht erwerben können, sondern erst im Momente der Cautionsbestellung. Die Verbindlichkeit zur Sicherheitsleistung hat nur die Wirkung, dass dem Fruktuar bis zu ihrer Erfüllung die Besitzeinräumung, jeder materielle Genuss und jede gerichtliche Geltendmachung seines Rechts verweigert ist. „Si ususfructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit.“ l. 13. pr. Dig. 7. 1.[2]). Der Proprietar kann nicht eher gezwungen werden, den Usufruktuar zur Ausübung der Servitut zuzulassen, als bis entweder cavirt worden oder eine gehörige Anbietung der Caution vergeblich vorgenommen[3]) oder ein vorläufiger, eventuell endgültiger Verzicht auf dieselbe ausgesprochen worden ist[4]). Eine erfolgreiche Klage aus dem Legate auf Gewährung des Rechts ist bis dahin vollständig ausgeschlossen; denn einer etwaigen Anstellung derselben kann der Proprietar eine Einrede entgegensetzen, welche immer zur Abweisung der Klage als „zur Zeit“[5]) unzulässig führt. Die Bedeutsamkeit des Mangels der Caution geht soweit, dass selbst fremde Personen sich mit Erfolg auf sie berufen können[6]). „Denn es ist“, wie Windscheid[7]) sagt, im Sinne des römischen Rechts nicht wohl anzunehmen, dass dem Eigenthümer seine Sicherheit auf einem Umwege sollte verbracht werden dürfen. Ist der Legatar

---

2) vergl. auch l. 6. pr. Dig. 36. 4.; l. 1. Cod. 3. 33.

3) l. 3. §. 4. Dig. 19. 1.; l. 39. Dig. 46. 3.

4) s. unten §. 9.

5) s. Fitting, der Reichscivilprozess §. 60.

6) Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte, Bd. 11. No. 164, Bd. 19. No. 126, Bd. 20. No. 208.

7) a. a. O. §. 204. Anm. 7.

gegen dritte Besitzer von Erbschaftssachen, die dem Niessbrauch unterworfen sein sollen, oder gegen Erbschaftsschuldner klagend aufgetreten, so können diese durch eine laudatio auctoris[8]) die erhobene Klage von sich abwälzen; unterlassen sie die Benennung des Auktors, so setzen sie sich in der Regel Entschädigungsansprüchen von Seiten des Proprietars aus. Hat der Vermächtnissnehmer nur ein Forderungsrecht auf Einräumung des Ususfrukt oder bilden verbrauchbare Sachen den Gegenstand seines legirten Rechts, so ist er vor der Tradition des betreffenden Objekts überhaupt dinglich nicht berechtigt und kann somit persönlich nicht verpflichtete Personen auf jene gar nicht verklagen. Für den Fall, dass Forderungen zum Niessbrauche vermacht sind, wird erst mit der Cautionsleistung die Cession der Obligation kraft Gesetzes angenommen[9]); so lange ist also nicht allein jeder reale Vortheil, sondern auch der Erwerb des Forderungsrechtes für den Honorirten ausgeschlossen. Ein Erkenntniss des O. A. G. zu Lübeck von 1872[10]) stellt sogar den Satz auf, dass der Richter von Amtswegen sich die Ueberzeugung verschaffen müsse, dass die Interessenten die usufruktuarische Caution erhalten hätten.

§. 9.

C. Rechtsmittel des Proprietars bei nicht bestellter Caution.

Dem Proprietar stehen verschiedene Rechtsmittel[1]) zu Gebote, um den widerstrebenden Vermächtnissnehmer zur Stellung einer Caution zu zwingen.

8) l. 2. Cod. 3. 19.; c. 5. §. 7. X. 2. 6.; C. Pr. O. §. 73. Abs. 3.
9) arg. l. 18. Cod. 6. 37.
10) Seuffert's Archiv Bd. 30. No. 82.

1) Rechtsmittel hier nicht im Sinne der Civilprozessordnung gleich Berufung, Revision und Beschwerde, sondern gleich Angriffs- und Vertheidigungsmittel.

Das Nächstliegende ist, dass jener die Sachen, welche in den Bereich des Niessbrauches fallen sollen, nicht eher ausliefert, als bis der Fruktuar seine Verbindlichkeit erfüllt hat. Die in der Zwischenzeit von der Erbschaftsantretung bis zur Ausantwortung der res fructuaria gezogenen Früchte verbleiben dem Proprietar, wenn sie nicht ihrer Natur nach ebenfalls Gegenstand der Nutzung sein sollen[2]). In solchen Fällen ist stets bezüglich des Rechtsverhältnisses der Früchte, sie seien naturale oder juristische, die l. 24. pr. Dig. 33. 2. analog in Anwendung zu bringen. Wegen der grossen Wichtigkeit dieses Gesetzes folge sein Wortlaut:

„Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatus consulto cautionem praestabitur. Igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes, in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab herede factis; tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur aut quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur.“

Papinian behandelt hier den vom Testator seiner Frau vermachten ususfructus omnium bonorum, speziel das Rechtsverhältniss der Zinsen von den Kapitalien aus diesem Vermögen. Er unterscheidet zwischen Kapitalien, die vom Testator und solchen, die vom Erben ausgeliehen worden sind. Die vor der Cautionsstellung fälligen Zinsen der erstern werden zur Substanz des Vermögens geschlagen; denn sie entstehen ohne Zuthun eines Dritten und unterliegen demgemäss ebenfalls dem alle Vermögensgegenstände umfassenden Niessbrauche; auf ihre Zurückerstattung erstreckt sich folglich in gleichem Masse die Caution. Die nach der Cautionsleistung einlaufenden

2) l. 13. pr. Dig. 7. 1.

Zinsen werden dem Usufruktuar zugesprochen, denn sie stammen von den dem Legatar bereits zugewiesenen Kapitalien; bezüglich ihrer ist also keine Sicherheit gegeben worden. Dagegen die Zinsen der letztern d. h. vom Erben ausgeliehenen Kapitalien, welche derselbe somit durch eigene Thätigkeit, ohne dem Legatar gegenüber dazu verbunden zu sein, sowie mit seiner Verantantwortlichkeit für die Güte der Anlage gewonnen hat, bezieht der Erbe zu eigenem Vortheile, bis er die Caution empfängt. Hinsichtlich der vom Augenblicke der Cautionsleistung bis zur Auslieferung vom Onerirten dem Honorirten etwa zu zahlenden Verzugszinsen gilt endlich, dass sie wegen ihrer Eigenschaft als Früchte der Niessbrauchsobjekte in das Eigenthum des Usufruktuars fliessen.

Die Ausdehnung der l. 24. pr. auf die natürlichen Früchte gestaltet sich dem oben Gesagten entsprechend. Sind dieselben durch die Bewirthschaftung des Erblassers erzielt worden, so gehören sie der Substanz der Niessbrauchsobjekte an; ist ihr Dasein auf die Thätigkeit des Erben zurückzuführen, so fallen sie bis zur Cautionsleistung in sein Eigenthum und er kann, wenn sie erst percipirt werden, nachdem der Legatar den Ususfrukt übernommen hat, von diesem Ersatz der für ihre Gewinnung gemachten Auslagen fordern[3]).

Es ist der Fall denkbar, dass der Legatar wider den Willen des Proprietars in den Besitz des Niessbrauchsgegenstandes gelangt ist. Hier kann mit der rei vindicatio oder der actio Publiciana[4]) oder dem interdictum quod legatorum[5]) die Herausgabe der Sache durchgesetzt werden. Ist dieselbe untergegangen, so ist eine actio in

3) arg. l. 46. Dig. 22. 1.; l. 18. Dig. C. 1.; l. 36. §. 5., l. 37. Dig. 5. 3.

4) l. 4. Cod. 9. 32.; l. 7. §. 9. Dig. 6. 2.

5) Dig. 43. 3.; Cod. 8. 3.

factum[6]) zu gewähren. Auf Rückgabe der zur Zeit des widerrechtlichen Besitzes percipirten Früchte geht eine condictio sine causa; denn der Besitz gebührt bis zur erfolgten Bürgschaftsbestellung dem Proprietar; bis dahin ist der Legatar zu einem materiellen Nutzen aus der Sache nicht befugt und übt so lange den Niessbrauch ohne hinreichenden Rechtsgrund aus[7]).

Will der Proprietar sich der eben genannten Rechtsmittel nicht bedienen, so kann er auch unmittelbar auf die Leistung der Caution klagen; zu dem Ende hat er eine condictio incerti, solange er nicht rechtskräftig darauf verzichtet hat[8]). Der Niessbraucher ist nicht im Stande, der letzteren die Einrede der Verjährung entgegen zu halten, da die Cautionsverbindlichkeit erst ihr Ende nimmt mit dem Aufhören seines Rechtes selbst.

Schliesslich ist es möglich, dass der Legatar durch den Proprietar selbst oder mit dessen Willen die Detention des Niessbrauchsobjektes erhalten hat. Auch in diesem Falle kann entweder Auslieferung der unverbrauchbaren Sachen resp. ihres Werthes oder Prästirung der Caution verlangt werden und zwar mit den nämlichen bereits angeführten Klagen. Die l. 7. pr. Dig. 7. 9. setzt dieses ausdrücklich fest. Der Einwand der durch den Proprietar selbst erfolgten Gebrauchseinräumung wird durch die Replik der weder vorhandenen noch angebotenen noch erlassenen Caution entkräftet. Bezüglich der Consumtibilien ist geltend zu machen, dass Eigenthumstradition stattgefunden hat und folglich für den Cautionsberechtigten die Erhebung dinglicher Klagen ausgeschlossen ist. Dagegen müssen wir ihm eine condictio sine causa,

6) arg. l. 9. §. 4. Dig. 10. 4.; l. 1. §. 17. Dig. 36. 3.

7) l. 6. Dig. 12. 5.; l. 1. §. 3. Dig. 12. 7.; arg. l. 23. Dig. 12. 1.; l. 46. Dig. 12. 6.

8) l. 5. §. 1. Dig. 7. 5.; l. 7. Dig. 7. 9.

namentlich condictio indebiti mit vollem Rechte zugestehen[9]). Eine condictio causa data causa non secuta[10]) ist bloss dann zu gewähren, wenn bei Ueberlieferung der Sache bestimmt auf das Erforderniss der Cautionsleistung hingewiesen und die Hoffnung auf baldige Prästirung derselben an den Tag gelegt worden ist. Bei cedirten Forderungen kann Rückcession derselben oder Herausgabe der eingetriebenen Gegenstände verlangt werden. — Dem Belangten ist stets die Möglichkeit gelassen, durch Stellung der Caution die Folgen der erhobenen Klage von sich abzuwenden.

§. 10.

D. Erlass der Caution.

Die Lehre vom Erlasse der Caution besteht vorzugsweise aus zwei Sätzen, die seit Langem den Gegenstand eines lebhaften Streites bilden.

Es frägt sich nämlich zunächst, ob der Proprietar befugt ist, auf die Caution dem Usufruktuar gegenüber wirksam zu verzichten. Baron[1]) und viele ältere Schriftsteller[2]) streiten für die Verneinung; sie behaupten, dass bei Beschädigung der Sache durch Unterlassungen des Usufruktuars dem Proprietar kein anderes Rechtsmittel von den Quellen zugestanden werde, als die Klage aus der Cautionsstipulation; ein Erlass derselben stehe einem von Gesetzes wegen ungültigen pactum de dolo non praestando gleich. Allerdings muss man zugeben, dass

9) arg. l. 39. Dig. 12. 6.

10) Dig. 12. 4.; Cod. 4. 6.

1) a. a. O. §. 451.

2) Glück's Commentar Bd. 9. S. 485.; Schönmann's Handb. d. Civilr. Bd. 1. S. 348.; Kretschmann's kleine Abhandlungen Bd. 1. No. 13; Hoffmann, Lehre von den Servituten Bd. 1. S. 169.

in einigen bestimmten Fällen, wo durch Unthätigkeit Schaden angerichtet wird, — „..... qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur....“ l. 13. §. 2. Dig. 7. 1. — das römische Recht eine Klage auf Ersatz versagt; dort ist, wenn der Betreffende vor Gericht verantwortlich gemacht werden soll, die Caution nothwendig. Aber Baron geht offenbar zu weit, wenn er daraus den Schluss zieht, dass ein Cautionserlass überhaupt gesetzwidrig sei. Mit dem Ususfrukt ist nämlich auch ohne Bürgschaftsstellung die Verpflichtung verbunden, mit der Sache wie ein ordentlicher Hausvater umzugehen; die l. 65. Dig. 7. 1. spricht sich ganz klar dahin aus. Ein wesentlicher Bestandtheil[3]) der diligentia boni patrisfamilias ist aber die custodia d. h. die Verpflichtung hinsichtlich der Verwahrung einer Sache gegen Beschädigung von aussen resp. Abhandenkommen und Einstehen für untergelaufene Fahrlässigkeit; die custodia braucht also durch eine besondere Stipulation nicht erst begründet zu werden. Es erscheint daher fast überflüssig zu bemerken, dass l. 2. Dig. 7. 9. ausdrücklich sagt: „Fructuarius custodiam praestare debet“. Ein Verzicht auf die Caution berührt somit die Haftung für custodia nicht im mindesten, involvirt folglich, von den obigen Fällen abgesehen, gar nicht ein pactum de dolo non praestando. Die Bürgschaft erhöht wohl die Sicherheit der Erfüllung der Hauptsache, der Obligation, ruft diese aber nicht etwa in's Leben, noch erhält sie selbe in Kraft. Letztere bleibt nach wie vor bestehen, auch wenn jene bloss accessorische Rechte nicht zu der persönlichen Verbindlichkeit noch hinzutreten oder demnächst fortfallen. Ein Erlass der Caution hebt also die Haupt-

3) §. 5. Inst. 3. 24.; l. 1. §. 4. Dig. 44. 7.; l. 11. Dig. 18. 6.; l. 13. § 1. l. 14. Dig. 13. 7.; l. 35. §. 4. Dig. 18. 1

verbindlichkeit in keiner Weise auf, noch enthebt dieselbe den Fruktuar der selbstverständlichen Pflicht, sich jedes dolus malus zu enthalten. Es gibt auch viele sonstige Verhältnisse, wie z. B. Miethe, Commodat, wo jemanden die Benutzung einer Sache überlassen wird, ohne dass er zu caviren genöthigt ist. Gibt es nicht in den Quellen[4]) selbst verschiedene Fälle, wo eine Befreiung von der Cautionsverbindlichkeit eintritt? Wer wollte dem Proprietar, der sogar das Recht hat, die Restitutionspflicht selbst zu remittiren, die Befugniss absprechen, seinen Anspruch auf eine bloss zu seinem Vortheil eingeführte Sicherheitsmassregel aufgeben zu können, ein Schutzmittel, welches zudem gar nicht von dem Wesen des Niessbrauches bedingt wird? Die Quellen haben sich dieser Auffassung der Lage nicht verschlossen und an mehreren Stellen[5]) dem Proprietar das Recht zugestanden, der Cautionsleistung zu entsagen. Allerdings beschränkt sich die Gültigkeit des Erlassungsvertrages auf die Contrahenten[6]), „pactum ius facit inter partes“. Durch den Erlass des Einen wird daher bei einem unter mehrere getheilten Eigenthum der Fruktuar nicht davon befreit, den übrigen zu caviren; auch ist sogar der Nachfolger des Entsagenden nicht an den Vertrag gebunden, sondern kann auf Sicherheitsleistung dringen[7]).

Die rei vindicatio des Eigenthümers wird durch den Erlass der Caution durchaus nicht alterirt; nach wie vor kann er dieselbe bei Beendigung des Niessbrauches gegen den Vermächtnissnehmer anstellen. Das Gesagte leidet aber in vollem Masse nur bei den unverbrauch-

4) l. 9. §. 2. Dig. 7. 9.; l. 8. §. 4. Cod. 6. 61.; l. 6. §. 1. Cod. 5. 9. ; l. 2. Cod. 5. 20.

5) l. 2. Cod. 6. 54.; l. 12. Dig. 36. 3.; l. 46. Dig. 2. 14.

6) l. 13. pr. Dig. 7. 1.; vergl. l. 7. §. 8. l. 25. §. 1. Dig. 2. 14.

7) l. 8. Dig. 7. 9.; l. 3. §. 4. Dig. eod.

baren Sachen Anwendung; denn beim Quasi-ususfrukt wird das Eigenthum selbst übertragen, und der Uebergeber hat kein Interesse daran, wie der Empfänger die Sache behandelt. Die Restitution bleibt in Folge gesetzlicher Anordnung Pflicht und kann durch actio in factum und condictio sine causa betrieben werden[8]). Bezüglich letzterer nimmt Glück[9]) wohl irrthümlich eine condictio certi an.

Wir gehen zur zweiten Streitfrage über: Kann der Testator letztwillig die Befreiung des Niessbrauches von der Cautionslast verfügen? Die Mehrzahl der Rechtslehrer[10]) und, soweit ich ermitteln konnte, auch die meisten obern Gerichte[11]) haben sich übereinstimmend gegen eine derartige testamentarische Anordnung erklärt und zwar unter Berufung auf ganz bestimmte Aussprüche der Quellen[12]). Solchen Autoritäten gegenüber möchte es wohl gewagt erscheinen, dennoch für die heutige Gültigkeit eines testamentarischen Erlasses der Caution einzutreten; nur die feste Ueberzeugung von seiner Zulässigkeit kann den Versuch erklärlich und statthaft machen. Vorher sei aber auf eine auffällige Erscheinung hingewiesen, die in den einschlägigen Schriften hervortritt: die von dem einen für die herrschende Ansicht aufgeführten Gründe werden von dem andern unter Beibringung neuer nicht für stichhaltig erklärt[13]). Man

8) l. 10. Dig. 19. 5.; l. 5. §. 1. Dig. 7. 5.; arg. Baron a. a. O. §. 285.

9) Commentar Bd. 9. S. 419.

10) Vöt, lib. 7. tit. 9. n. 9; Glück's Commentar Bd. 9. S. 419.; Thibaut, Pand. §. 764; Sintenis, Pand. Bd. 1. §. 59. Anm. 39; Brinz, Pand. S. 269 (2. Aufl. S. 777); Windscheid, 4. u. 5. Aufl. Bd. 1. S. 652.

11) Seuffert's Archiv Bd. 4. No. 206; 9. No. 137; 19. No. 126, 174; 23. No. 281; 25. No. 144.

12) l. 7. Cod. 6. 34.; vergl. l. 6. pr. Dig. 36. 4.; l. 1. Cod. 3. 33.

13) vergl. Bürkel S. 149; Glück's Commentar Bd. 9. S. 482.

kann sich schon daraus des Eindruckes nicht erwehren, dass die citirten Pandektenstellen nicht über allen Zweifel erhaben sind.

Die Gründe, dass der Erblasser ein dem Erben zukommendes Recht nicht vergeben könne[14]), dass beim Erlasse der Caution der Niessbrauch leicht in volles Eigenthum übergehe[15]), bezeichnet Glück[16]) mit Recht als „keinen hinlänglichen Aufschluss gebend". „Gegen die Meinung, dass die fruktuarische Caution hier aus innern Gründen[17]) unerlässlich sei", sagt Böcking[18]), „ist, abgesehen von der Unhaltbarkeit der dafür angeführten Gründe — vergl. l. 5. § 1. Dig. 7. 5.; l. 12. Dig. 7. 9. — schon der Umstand, dass die hier in Rede stehende Unerlässlichkeit jünger als die fruktuarische Caution und diese Ediktseinrichtung jünger als der Niessbrauch ist". Gewöhnlich sucht man die Begründung der Stellen, welche sich gegen den Erlass wenden, in dem Zusammenhange mit Vorschriften der lex Julia et Papia Poppaea, der lex vicesimaria und Falcidia. Bürkel[19]) weist den Mangel einer Beziehung zu der l. J. et P. P. einleuchtend nach; dagegen seine ohne nähere Begründung aufgestellte Behauptung, dass dieses auch bezüglich der beiden übrigen leges der Fall sei, genügt nicht; denn es ist wohl denkbar und auch nicht anders zu erklären, als dass die in Rede stehende Beschränkung des letzten Willens deshalb zum Gesetze erhoben wurde, damit nicht die fiskalischen Ansprüche an den Nachlass und das Recht des Erben auf die quarta Falcidia umgangen würden. Nun ist aber

14) Vät. l. 7. tit. 9. n. 9.

15) Hugo, Lehrbuch der Geschichte des röm. R. §. 239.

16) Commentar Bd. 9. S. 482.

17) vergl. Glück, Commentar Bd. 9. §. 654.; Sintenis, Civilrecht §. 59 zu Note 39.

18) Pandekten, §. 165. Note 44.

19) a. a. O. S. 148.

zu bemerken, dass die l. vicesimaria zu Justinians Zeiten antiquirt war, und dass durch Nov. 1. c. 2. §. 2. i. f. ein testamentarisches Verbot des Abzuges der quarta Falcidia gestattet wurde. Die fraglichen Quellenzeugnisse enthalten folglich einen abrogirten, durch Versehen in das corpus iuris aufgenommenen Rechtssatz. Derselbe fällt auch gegenüber der nahe liegenden Erwägung, dass es eine inconsequente Begrenzung der Dispositionsbefugniss des Erblassers ist, wenn man einerseits demselben das Recht einräumt, dem Vermächtnissnehmer das Eigenthum von Sachen zuzuwenden, andererseits untersagt, ihm ein geringeres Recht zu hinterlassen. Kann nicht das Eigenthum sogar vollständig dem Erben entzogen werden? weshalb denn nicht eine Verleihung der nuda proprietas ohne Sicherstellung erfolgen? Die Dispositionsbefugniss des Erblassers gegenüber dem erkorenen Erben, an sich unbeschränkt, ist nur durch den Pflichttheil und vor Justinian durch die Quart, seit Nov. cit. auch nicht mehr durch letztere eingeengt.

Es erübrigt noch, die Namen der Juristen zu nennen, welche sich für die Verwerfung des Verbotes eines letztwilligen Erlasses der Cautionsleistung ausgesprochen haben: Rudorff, Arndts, Böcking, Elvers, Windscheid[20]).

Schliesslich sei der Bemerkung ein Platz hier gestattet, dass, obgleich in Frankreich vor dem laufenden Jahrhundert römisches Recht in dem grössten Theil, nämlich den pays du droit écrit gegolten, und obgleich das jetzige bürgerliche Gesetz-Buch in der Lehre vom Ususfrukt dem römischen Recht gefolgt ist, dass trotzdem die ältere französische Jurisprudenz[21]) stets das Verbot

20) R. zu Puchta §. 181. Note n.; A. §. 180. Anm. 2.; B., Lehrbuch der Pandekten §. 165. Note 44.; E., die römische Servitutenlehre Seite 554. W. in den ersten Auflagen seines Lehrbuches d. P.

21) s. Seuffert, Archiv Bd. 25. No. 144.

unbeachtet gelassen hat, und dass der code civil diese Praxis zum Gesetze erhoben, indem er in Art. 601 festsetzte: „Il (l'usufruitier) donne caution de jouir en bon père de famille, s'il n'en est dispensé par l'acte constitutif de l'usufruit".

V. Vom Accrescenzrechte.

Das Anwachsungsrecht bei einem Vermächtniss stellt sich dar als eine Folge des Nichterwerbs desselben durch den Legatar; streng genommen müsste daher der Inhalt der folgenden §. §. in den §. 5., der vom Erwerbe handelt, aufgenommen sein. Allein die besonderen Schwierigkeiten, welche das Accrescenzrecht darbietet, und der Umfang, welchen seine Erörterung erheischt, machen eine abgesonderte Darstellung theils wünschenswerth, theils nothwendig.

§. 11.

A. Im Allgemeinen.

Der Niessbrauch kann mehrern gemeinsam an einer Sache oder jedem einzeln, aber an der ganzen Sache vermacht werden[1]). In beiden Fällen hat jeder Legatar einen Anspruch auf das ganze Recht; allein in der Ausübung desselben trifft der einzelne mit den gleichberechtigten Collegataren zusammen, und es entsteht durch die Konkurrenz eine gegenseitige Beschränkung im Genusse der Art, dass jeder nur einen den übrigen Quoten entsprechenden Theil des ganzen materiellen Gewinnes erhält. Wenn nun einer der Mitvermächtnissnehmer seine Portion

1) vergl. oben §. 4, Note 2.

nicht erwirbt, so gereicht dieses den andern zum Vortheil; der Theil des Fortgefallenen wächst ihnen an. Genau genommen ist allerdings das ius accrescendi ein ius non decrescendi d. h. nicht dem Nichtbesitzenden wird zugelegt, sondern dem Besitzenden wird nicht genommen. Vat. fr. §. 75.: „Quoties ususfructus legatus est, est inter fructuarios ius adcrescendi, sed ita, si coniunctim sit relictus nec nisi in do legato modo. Ceterum si separatim unicuique partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio ius adcrescendi cessat". Eod. §. 79: „Totiens ius adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui solidum habuerunt, concursu divisus est"[2]).

L. 80. Dig. 32. sagt ausdrücklich: „concursu fiunt partes"; dieses bildet die allgemeine Voraussetzung des Accrescenzrechtes; es ist somit einerseits ausgeschlossen, wenn das Legat selbst für die einzelnen genau begrenzte Theilberechtigungen oder gar bestimmte reelle Theile derselben Sache festgesetzt hat[3]), und andererseits begründet nur bei den re coniuncti und den re et verbis coniuncti[4]) d. h. den mehreren, welchen ohne oder mit wörtlicher Verbindung der nämliche Ususfrukt ganz oder partiell, aber ohne Theilbestimmung vermacht ist. Während die re conjuncti nur einen Vorzug vor dem Proprietar haben, haben insbesondere die re et verbis coniuncti einen solchen vor allen übrigen Mitvermächtnissnehmern[5]); denn sie sind zunächst durch die ausgefallenen Collegatare beengt und benachtheiligt worden und werden durch die anwachsende Portion eben nur den andern gleichgestellt.

Der Niessbrauch accrescirt unter gewissen Voraussetzungen nur auf eine gewisse Zeit. Wenn dem einen

2) auch l. 1. pr. §. §. 1. 3. 4., l. 2., l. 3. pr. Dig. 7. 2.
3) l. 11. Dig. 7. 2.; l. 1. pr. Dig. 7. 2.; l. 84. §. 12. Dig. 30.
4) l. 1. §. 3. Dig. 7. 2.; l. 1. pr. eod.
5) l. 80. Dig. 32.

unter einer Bedingung, dem anderen unbedingt die Servitut gegeben ist, so hat letzterer bis zur condictio existens den ganzen Niessbrauch[6]); wenn zweien der Niessbrauch für jede Zeit, d. h. jedes Jahr, Monat oder Tag zugewendet ist, so hat während der Periode, in der der eine an der Ausübung faktisch verhindert ist, der andere das unbeschränkte Nutzungsrecht[7]). Dagegen nimmt man hinsichtlich des ususfructus alternis annis an, dass beim Tode eines Legatars das Nutzungsrecht für die Zeit der Berechtigung des Verstorbenen an den Proprietar zurückfalle[8]).

Wenn der Testator jemanden die nuda proprietas einer Sache zugewendet hat unter der Bestimmung, dass der Niessbrauch den Erben verbleibe, so ist von Anwachsungsrecht unter diesen keine Rede; eine etwa vakant werdende Quote verbindet sich vielmehr mit dem Eigenthum. Wir finden dieses unter gleichzeitiger Angabe des Grundes ausgesprochen in l. 1. §. 4. und l. 2. Dig. 7. 9.[9]): „Si duobus heredibus institutis deducto usufructu proprietas legetur, ius accrescendi heredes non habere; nam videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum; ideoque amissa pars usufructus ad legatarium eundemque proprietarium redibit“. Der Erblasser vergibt nämlich im vorliegenden Falle nicht wie gewöhnlich jedem der einzelnen Berechtigten den ganzen Usufrukt, so dass eine Theilung durch Konkurrenz erfolgt, sondern er setzt jeden zum Erben ein auf einen bestimmten Theil des Nachlasses und ausserdem auf eine Portion des Niessbrauches, welche von vorn herein der Grösse der Erbschaftsquote entspricht. Je nachdem nun die pars here-

6) l. 6. §. 2. Dig. 7. 2.
7) l. 1. §. 3. l. 2. §. 1. Dig. 7. 1.
8) l. 2. pr. Dig. 7. 4.
9) vergl. auch §. 78. Vat. fr.

ditaria grösser oder kleiner ausgefallen ist, gestaltet sich auch das Mass der eigenen Nutzung. Aber bis zur Erbschaftsantretung hat der Niessbrauch noch keine selbstständige Existenz; erst im Augenblicke ihrer Vornahme tritt er als besondere Berechtigung der Erben hervor und erscheint alsdann sofort für jeden derselben pro rata begründet. Aus dieser Auffassung der Ususfruktquote als Bestandtheil der Erbschaftsportion resultirt, dass sie alle rechtlichen Schicksale der letzteren miterleiden muss, dass sie insbesondere nach dem Erwerbe derselben unmöglich mehr Gegenstand einer Anwachsung sein kann. Anders verhält es sich natürlich, wenn die blosse Delation noch nicht realisirt worden ist; dann accresciren Erbschaftstheil und Ususfruktquote vereint den Miterben.

Das Accressenzrecht findet ausserdem nicht Statt in den Fällen der l. 57. §. 1. Dig. 7. 1. und der l. 74. Dig. 35. 1. Erstere bespricht das Legat, in welchen mehrern der Ususfrukt lediglich zum Zweck des persönlichen Unterhaltes zugewendet ist und entscheidet, dass bei dem Freiwerden einer Portion diese consolidire. Dieser Satz erklärt sich aus dem zu präsumirenden Willen des Testators, dem Legatar nur so viel zu geben als zur Alimentation unentbehrlich ist; er beabsichtigte keineswegs eine Bereicherung über des Bedürfniss hinaus. Die zweite lex statuirt folgendes Verhältniss: A und B werden mit einem Ususfrukt bedacht, dessen Wirksamkeit abhängig ist von einer durch B zu erfüllenden Bedingung; das Gesetz erklärt aber die gerade gewählte Art der conditio pro non scripta. B bekommt demgemäss die Hälfte des Niessbrauches, während A deficiente conditione sein Anrecht verliert. Die Stelle beantwortet nun die Frage nach einer etwaigen Anwachsung zum Vortheil des B dahin, dass unter ihrer Ausschliessung die Nutzung dem Eigenthümer pro rata anfalle.

B. Einzelne Besonderheiten.

§. 12.

1. Anwachsung eines bereits erworbenen Niessbrauches.

Der für Vermächtnisse geltenden Regel entgegen, wonach nur bis zum Augenblicke der Acquisition Anwachsung möglich, ist dieselbe bei dem Legate des Niessbrauches auch noch dann zugelassen, wenn der Collegatar erst nach Erwerb seiner Quote diese aus irgend einem Grunde wieder verliert. A und B ist gemeinschaftlich ein Ususfrukt vermacht, und jeder tritt in Folge dessen eine Hälfte an; während B noch den Genuss fortsetzt, geht durch Tod, capitis deminutio oder non usus die theilweise Berechtigung des A unter; seine Hälfte verschmilzt aber nicht mit dem Eigenthum, sondern wächst dem B an. Ueber die Uebereinstimmung der römischen Juristen hinsichtlich dieses Prinzipes berichtet uns Ulpian in l. 1. §. 3. Dig. 7. 2.: „In usufructu hoc plus est, quia et constitutus, et postea amissus nihilo minus ius accrescendi admittit; omnes enim auctores apud Plautium de hoc consenserunt, et, ut Celsus et Julianus eleganter aiunt, ususfructus quotidie constituitur et legatur ..... Quum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum“[1]). Auf den ersten Blick hin ist die gedachte Gestaltung des Accrescenzrechtes immerhin auffallend; man hat sich daher stets bemüht, ihr eine genügende Erklärung zu geben. Viele Rechtsgelehrte[2]) sehen den Grund der Erscheinung in den Worten: „ususfructus quotidie constitu-

1) vergl. auch §. 77. Vat. fr.

2) Rosshirt Bd. 1. S. 617; Schneider S. 288; H. Heimsöth, Dissertatio de usufructu accrescendo pag. 12.

itur et legatur“; da der Sinn des Julian'schen Ausspruches aber nicht leicht fassbar ist, ergehen sie sich in allen möglichen Auslegungen. Kurz gefasst stellt sich ihre Interpretation so dar: der Ususfrukt sei ein durchaus theilbares Recht; die Nutzung werde Tag für Tag eingeräumt, wofern nur durch die rechtlichen und thatsächlichen Zustände die Möglichkeit einer Fruchtziehung gegeben sei; so oft diese Möglichkeit eintrete, lebe der Ususfrukt mit dem betreffenden Tage wieder auf; die Berechtigung zum frui gebe dann in jedem einzelnen Falle das Vermächtniss; bis zu seinem Ausfalle habe der Legatar also nichts mehr erworben, als er ausgeübt habe, so dass er für die Folgezeit nicht mehr concurriren könne. Schneider und Rosshirt gehen soweit, dass sie dem Satze „quotidie ususfructus constituitur“ sogar die Bedeutung einer Rechtsregel beilegen.

Die Unrichtigkeit der hier wiedergegebenen Anschauungen leuchtet schon aus dem Umstande ein, dass man bei strenger Schlussfolgerung endlich zu dem Ergebnisse gelangen muss, dass der Ususfrukt, wenn einmal erworben, weder ganz noch zum Theil verloren werden könne, so lange der Berechtigte am Leben sei. Kein Wunder, wenn diese Absurdität sogar wirklich ausgesprochen worden ist; in Vat. fr. §. 75 heisst es nämlich: „eum, qui partem ususfructus in iure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere“. — Die Unhaltbarkeit der Theorie von der täglichen Begründung des Ususfrukt erscheint aber ganz besonders zweifellos, wenn wir in Betracht ziehen, dass die Verfechter der Julian'schen Worte die Rücksichtsnahme auf das doch ebenfalls im Ususfrukt enthaltene wichtige ius utendi und die darauf bezüglichen Regeln gänzlich vergessen haben. Sobald dies legati cessit et venit, ist der Bedachte zum Gebrauche der Sache berechtigt, mag auch wegen mangeln-

der Früchte das ius fruendi noch keine Verwirklichung gestatten[3]). Wenn aber der Legatar die Ausübung des Benutzungsrechtes von Anfang an vollständig unterlässt, so nimmt die erlöschende Verjährung vom Tage des Vermächtnisserwerbes an ihren Lauf und vernichtet mit Eintritt ihres Endtermins das ganze usufruktuarische Recht[4]), eine Wirkung, welche ganz und gar ausgeschlossen bliebe bei Aufrechterhaltung des Satzes: „quotidie usus-fructus constituitur“[5]). Auch ist die Anschauung, als ob die Servitut erst nach und nach mit der jeweiligen Ausübungshandlung erworben würde, mit dem Wesen des dinglichen Rechts wohl als unvereinbar zu bezeichnen, indem dieses, wie schon der einmalige dies cedens beweist, mit einem Male ganz zugesprochen und dann bis zu seiner Beendigung ohne stets wiederholte Untersuchung des Rechtsgrundes behauptet wird. Man kann daher, um den Worten der beiden römischen Juristen absolut eine Auslegung zu geben, sie für nichts anderes, als eben für eine „elegante“ Veranschaulichung der Anwachsung auch nach dem Erwerbe halten, keineswegs aber für eine Begründung derselben.

Seine allein genügende Erklärung hat das Accrescenzrecht unseres Falles in der eigenthümlichen Natur des Niessbrauches und in dem präsumtiven Willen des Erblassers zu suchen. Der Niessbrauch kann als höchstpersönliches Recht beim Wegfall eines Legatares nicht auf dessen Erben übergehen, sondern sich nur mit dem Eigenthum wieder verbinden. Diese Wirkung bleibt aber vor der Hand ausgeschlossen, sobald das Nutzungsrecht mehreren Personen vermacht ist; alsdann ist von der

---

3) l. un. pr. §. 2. Dig. 7. 3.
4) Arndts, Pandekten §. 194.
5) arg. l. 19. Dig. 8. 6.

Delation des Legates an jeder Niessbraucher auf den ganzen Ususfrukt berechtigt; die Vergebung desselben ungetheilten Rechts an mehrere enthält für die einzelnen keine Minderung des Anspruches auf das Ganze, sondern eine Einengung in der Ausübung. Durch die Konkurrenz wird die Beschränkung im Genusse hervorgerufen[6]); ein Wegfall des Grundes muss aber auch die Aufhebung seiner Folgen nach sich ziehen, und demnach wird der Niessbraucher, sobald er mit Collegataren nicht mehr zusammentrifft, das ungeschmälerte Nutzungsrecht geltend machen können. Eine solche Regelung des Verhältnisses wird auch dem muthmasslichen Willen des Testators auf jeden Fall entsprechen; denn dieser wird doch dahin zu deuten sein, dass der Niessbrauch den Collegataren erhalten bleiben solle, so lange einer derselben überhaupt am Leben ist. Zum Nachweise der Berechtigung einer derartigen Annahme kann auch l. 56. §. 1. Dig. 7. 1. dienen; laut letzterer soll nämlich der einer Stadtgemeinde legirte Niessbrauch 100 Jahre währen, d. h. wie deutlich gesagt wird, so lange als die Lebensdauer eines Menschen, hier der bei Begründung des Ususfrukt lebenden Bürger, mit Anlegung des grössten Massstabes berechnet werden kann.

Das bisher Gesagte gilt indess nur für den Fall, dass das dingliche Recht des Niessbrauches mit dem dies cedens unmittelbar erworben wird. Es entsteht daher die Frage, wie gestaltet sich die Accrescenz, wenn bloss eine Forderung auf Bestellung des Rechts durch Erbantretung begründet ist? Hier ist l. un. §. 11. Cod. 6. 51. massgebend; nach derselben findet die Anwachsung statt, so oft ein Niessbrauch an der Sache eines Dritten oder eines Erben mehreren in gültiger Weise vermacht ist. Mit Eintritt des dies cedens erwirbt nämlich ein

6) vergl. l. 41. Dig. 33. 2.; l. 20. Dig. 7. 1.

jeder der Berufenen eine Obligation gegen den Proprietar auf theilweise Bestellung des Ususfrukt; ehe diese aber wirklich erfolgt ist, kann das Forderungsrecht durch Wegfall eines Collegatars erweitert werden; denn Tod und capitis deminutio entreissen nicht bloss die bereits erworbene Niessbrauchsquote, sondern vernichten auch die persönliche Klage auf Einräumung des Rechtes[7]). Die Forderung des jetzt allein berechtigten Collegatars kann nunmehr auf Gewährung des ganzen Ususfrukt gerichtet werden[8]).

Die l. un. §. 11. Cod. 6. 51. ist auch in einer anderen Beziehung von Bedeutung: sie lässt eine Ausdehnung ihrer Anwendbarkeit auf das Accrescenzrecht beim Quasiususfrukt zu. Wenn mehreren der Niessbrauch einer Geldsumme legirt ist, und der eine fällt entweder ante oder post diem cedentem, aber vor Einforderung seines Antheils, weg, so kann der andere den uneingeschränkten Ususfrukt beanspruchen; ist jener aber, nachdem bereits jedem Legatar seine Hälfte überwiesen worden, mit dem Tod abgegangen und vermöge der Cautionsleistung sein Antheil an den Onerirten zurückgefallen, so darf der Collegatar von diesem, sofern er erhöhte Sicherheit stellt, die freigewordene Quote für sich fordern. Im Falle des Ususfrukts an den Zinsen eines Kapitals erhält der Zurückbleibende ohne Weiteres den ganzen Zinsgenuss.

§. 13.

2. Anwachsung zu Gunsten eines Collegatars auch nach Verlust des eigenen Niessbrauches.

In enger Verbindung mit dem in §. 12. dargestellten Grundsatze steht die Regel, dass die Anwachsung beim Vermächtnisse des Niessbrauches auch noch zu Gunsten

7) l. 1. pr. Dig. 7. 4.; vergl. §. 61. Vat. fr.
8) §. 85. Vat. fr.

desjenigen Platz greift, der bereits seiner Quote, jedoch ohne Beeinträchtigung seiner persönlichen Rechtsfähigkeit, verlustig gegangen ist. Die Hauptbelegstelle hierfür bildet die l. 10. Dig. 7. 2.[1]): „Interdum pars ususfructus et non habenti partem suam, sed amittenti accrescit; nam si ususfructus duobus fuerit legatus, et alter lite contestata amiserit usumfructum, mox et collegatarius, qui litem contestatus non erat, usumfructum amisit, partem dimidiam duntaxat, quam amisit, qui litem contestatus est adversus eum qui se liti obtulit, a possessore consequitur; pars enim collegatarii ipsi accrescit, non domino proprietatis, ususfructus enim personae accrescit, etsi fuerit amissus". Diese ziemlich dunkle Stelle erfährt heutzutage gemeiniglich[2]) folgende Auslegung: A und B ist zusammen ein Niessbrauch hinterlassen; der nichtbesitzende A geräth bei Verfolgung seines Rechts mit einem, qui liti se obtulit, in Prozess und verliert während dessen Dauer non utendo seinen Antheil. Dieser accrescirt aber nicht dem B, da dieser inzwischen gestorben ist, sondern fällt an den Proprietar zurück. Frage: lautet die Verurtheilung des fictus possessor auf Ersatz des ganzen Niessbrauches oder nur des non utendo verloren gegangenen Theiles? Der Jurist entscheidet sich für die Aestimation des letztern; denn die Quote des B accrescire dem A ipso iure, wenn dieser auch die seinige nicht mehr besitze. Paulus erläutert in der l. 14. §. 1. Dig. 44. 2. das Anwachsungsrecht auch nach dem Verluste der Niessbrauchsportion mit den Worten: „non portioni, sed homini adcrescit" d. h. der anwachsende Theil sucht nicht den am ganzen fehlenden Theil auf, sondern die Person des

1) vergl. auch l. 14. §. 1. Dig. 44. 2.; l. 33. §. 1. Dig. 7. 1.

2) Rosshirt, Bd. 1. S. 260; Schneider S. 295; Heimsöth l. c. pag. 25.; Arndts in Glück's Commentar, Bd. 48. S. 134; Vangerow, Pand. §. 554. Anm. 1. No. 3.

Usufruktuars. Die in Rede stehende Entscheidung beruht eben auf demselben Gesichtspunkte wie die in §. 12. erörterte. Das Vermächtnissrecht eines Honorirten umfasst den ganzen Niessbrauch; die Beschränkung auf einen Theil ist Folge der Konkurrenz; ein Verlustgrund trifft nur die bezügliche Portion und ist nicht im Stande, das Universalrecht zu alteriren. Nach wie vor bleibt dieses bestehen und äussert seine Wirksamkeit dadurch, dass es eine freiwerdende Quote an sich zieht. Es ist jedoch wohl zu bemerken, dass wir hierbei von der Voraussetzung ausgegangen sind, dass die die Usufruktportion vernichtende Ursache die persönliche Rechtsfähigkeit des Legatars nicht berührt. Denn angenommen, der Tod habe den Verlust herbeigeführt, so kann natürlich von einem „homini adcrescere" nicht mehr die Rede sein. Auf gleiche Stufe mit dem Tode ist hinsichtlich des Unterganges des Niessbrauchsrechts die capitis deminutio zu stellen; denn sie zerstört die gesammten vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person und lässt diese gegenüber dem Legate gleichsam als eine völlig veränderte erscheinen, so dass Rechte aus ihm herzuleiten ganz unmöglich ist[3]). Uebrigens zog die capitis deminutio minima schon zu Justinians Zeiten eine Vernichtung des Usufrukts nicht mehr nach sich[4]), und ist die c. d. media und maxima im heutigen Rechte vollends gegenstandslos geworden.

Die herrschende Meinung[5]) stellt bezüglich der Anwachsung auch nach Verlust der Niessbrauchsquote eine

---

3) l. 6. §. 2. Dig. 7. 2.; l. 1. pr. Dig. 7. 4.; Vat. fr. §. 61.; gaii III. §. 101. §. 153.; Ulpiani fragmenta XI. §. 7.

4) l. 16. Cod. 3. 33.

5) Glück's Commentar Bd. 9. S. 294. fg.; Heimsöth l. c. pag. 45. sqq.; Rosshirt, Bd. 1. S. 613. fg.; Vangerow a. a. O. §. 554. Anm. 1, No. III.; Arndts in Glück's Commentar Bd. 48. S. 138. fg.; Schneider S. 295.; Elvers S. 731.

erhebliche Beschränkung auf; es soll nämlich der von dem Usufruktuar selbst verlorene Theil nicht mehr Gegenstand seines Anwachsungsrechtes sein können. A, B und C haben gemeinsam einen legirten Ususfrukt; A verliert durch non usus seine Quote, welche B und C anwächst; darauf stirbt B. Frage: Was geschieht mit seinem auf $^3/_6$ erhöhten Antheile? C erhält zu seinen $^3/_6$ noch $^2/_6$, also im Ganzen $^5/_6$, A nur $^1/_6$. Schliesslich gehen beim Wegfalle des C an A noch $^3/_6$ und an den Proprietar $^2/_6$ des Niessbrauches. Die Beweisstellen hierfür sind der Schlusssatz der l. 3. §. 2. Dig. 7. 4.: „Placet nobis, ei, qui amittit usumfructum ex eo, quod amittit, nihil accrescere", und §. 76. Vat. fr.: „Atquin quod quis amittit, secundum Pomponii sententiam ipsi non accedit". In der neuesten Zeit sind indess einige Rechtslehrer[6]) mit der Ansicht hervorgetreten, dass aus l. 3. §. 2. cit. sich gerade das Gegentheil ergebe. Die Stelle behandelt nämlich den Fall, dass zweien ein Ususfrukt hinterlassen und dem einen im Falle des Verlustes seines Theiles dieser repetirt ist; Papinian regelt alsdann die Anwachsung auf folgende Weise: „si quidem Titius amiserit, totum socio accrescere, quodsi Maevius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire"; Ulpian fügt sodann beifällig hinzu: „Quae sententia habet rationem; neque enim potest dici eo momento, quo quis amittit usumfructum et resumit, etiam ipsi quidquam ex usufructu accrescere". Die Entscheidung Papinian's in Verbindung gesetzt mit dem Nachsatze Ulpian's ist höchst räthselhaft. Beinahe von jedem Juristen, der sich mit der citirten Stelle befasst hat, ist sie auf eine verschiedene Art ausgelegt worden; allein

---

6) Schlayer im Arch. f. civ. Pr. Bd. 51. No. 18.; Windscheid §. 645. Anm. 4.

trotz der „bunten Mannigfaltigkeit“ der Meinungen ist man noch immer nicht zu einem wirklich befriedigenden Ergebnisse gelangt. Wahrscheinlich wird dieses Ziel auch nie erreicht werden, da eine Zusammenstellung der l. 1. Dig. 7. 2. mit §. 75. der Vat. fr. die Vermuthung nahe legt, dass auch die l. 3. §. 2. cit. durch die Compilatoren entweder eine Veränderung oder Verkürzung erlitten hat. Wir müssen uns daher darauf beschränken, die Zulässigkeit der oben gegebenen Regel selbstständig aus dem Wesen des Accrescenzrechtes juristisch zu begründen. Dasselbe gelangt nur zur Geltung, wenn durch Konkurrenz eine Theilung unter mehrere stattgefunden hat. Hat nun ein Mitnutzniesser seine Portion verloren, so wird er allerdings den vakant werdenden Antheil seines Collegatars durch Accrescenz erwerben; dafür ist aber noch kein Grund vorhanden, dass er zugleich das früher für ihn allein Untergegangene zurückerhält, denn dieses ist ihm in Folge eines besonderen Rechtsgrundes entzogen worden. Die Konkurrenz hat dem einen Mitvermächtnissnehmer lediglich die Quote des anderen vorenthalten und kann demgemäss durch ihre Beseitigung auch bloss die Wirkung äussern, die sie bislang hemmte. Eine Zurückerstattung des verlorenen Antheils an den Collegatar schlösse auch eine Unbilligkeit gegen den Proprietar in sich, der kraft des Accrescenzrechts zwischen den Niessbrauchern bereits zweimal zur Hälfte von dem Nutzungsrechte ausgeschlossen worden ist.

Die Anwachsung nimmt eine abweichende Gestaltung an, sobald ein Relegat vorliegt, d. h. sobald der Testator die erneute Verleihung für den Fall des Verlustes verfügt hat. Hier ist zu unterscheiden, ob die Repetition sich auf den ganzen oder theilweisen Ususfrukt bezieht. Ist das erstere vom Erblasser vorgesehen, so tritt, falls der Relegatar verliert, derselbe auf's Neue

in Konkurrenz auf den ganzen Niessbrauch mit dem Collegatar und erhält bei dessen Wegfall später sogar das uneingeschränkte Nutzungsrecht[7]). Solches entspricht zwar äusserlich nicht dem obigen Grundsatze; allein es ist zu bemerken, dass hier nicht Anwachsung, sondern ein vollständig neuer, erst jetzt sich äussernder Rechtsgrund, nämlich das zweite Vermächtniss, wirksam gewesen ist. Wenn ein Theil des Niessbrauches repetirt ist, und der derartig Honorirte verliert zum ersten Male seine Quote, z. B. die Hälfte, so konkurrirt er als pro parte re coniunctus mit dem Inhaber der zweiten Hälfte; statt auf $^1|_2$ wird er auf $^1|_4$ restituirt. Für die Folge kommt alsdann die Ursache, aus der der Verlust herrührte, in Betracht; denn entzog ein non usus die Quote, so wird der Relegatar beim Wegfallen des Collegatars aus dem ersten Vermächtniss $^1|_2$ und aus dem zweiten das fehlende $^1|_4$ des Niessbrauches erhalten; dagegen bewirkt capitis deminutio des doppelt Honorirten den Untergang des Anspruches auf die vakante Hälfte des Mitberechtigten, und lässt nur den auf das $^1|_4$ bestehen. Hiermit stimmt der Satz: „si Maevius amisisset . . . .“ in l. 3. §. 2. cit., der eben nur unter der Voraussetzung der capitis deminutio als Verlustgrund erklärbar ist, vollkommen überein.

§. 14.

3. Anwachsung im Falle der Consolidation eines Niessbrauchtheiles in der Hand eines Collegatars.

Bei der Vergabung eines Usufrukts an Mehrere ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass einer der Berechtigten während der Dauer des Nutzungsrechts die Proprietät an der ganzen Sache erwirbt. Die Consoli-

7) l. 3. §. 1. Dig. 7. 4.

dation kann z. B. durch Beerbung des Eigenthümers oder durch Rechtsgeschäft mit demselben erfolgen. Es kann sich alsdann die folgenschwere Frage erheben, ob das Anwachsungsrecht für und gegen den zum Eigenthümer emporgestiegenen Nutzniesser aufrecht erhalten wird oder nicht? Die Antwort darauf gibt die l. 3. §. 2. Dig. 7. 2. i. f.[1]): „Si duobus ususfructus legetur, et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit neque ei, apud quem consolidatus est, neque ab eo; et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet". Zunächst könnte jemand mit dem Bedenken auftreten, ob nicht sogar durch die Consolidation der theilweise Ususfrukt untergehe und den Collegataren accrescire. Aber hier trifft das überhaupt auf diese ganze Lehre anwendbare Wort Windscheid's[2]) zu: „Das an dem Niessbrauch sattfindende Recht behält, soweit es reicht, den Niessbrauch trotz seines Unterganges als Niessbrauch fest". Unzweifelhaft ist und bleibt der Eigenthumsübergang für die Mitnutzniesser ein ihnen fremder Vorgang; ihnen kann es vollständig gleichgültig sein, dass die Beschränkung ihres Nutzungsrechts durch das Fehlen eines Theiles jetzt durch dieselbe Persönlichkeit in einer anderen Eigenschaft ausgeübt wird. Denn es kann doch keiner behaupten wollen, dass das Vermächtniss für den Legatar seine Kraft verliere, eben weil er das Eigenthum erworben hat. Der Legatar gehört offenbar nach wie vor zu denen, die durch den Willen des Erblassers zur Nutzniessung berufen sind; der Ususfrukt bleibt deshalb dem Proprietar ganz erhalten. Die Verschmelzung von Eigenthum und Ususfrukt ist zwar nicht eine vollkommene; dieselben Gründe, welche die Beendigung des Niessbrauches als solchen herbeiführen können, bleiben auch

1) vergl. l. 6. pr. Dig. 7. 2.
2) a. a. O. §. 205. Anm. 4.

nach der Consolidation noch wirksam. Es widerspricht dies eigentlich dem strictum ius; denn nach letzterm steht dem Eigenthümer einer Sache der Ususfrukt nicht als selbstständiges Ganze gegenüber, sondern als Ausfluss seines Proprietätsrechtes. Demgemäss könnte genau genommen auch von einem besonderen Untergange des Nutzungsrechtes nicht die Rede sein. Wenn wir hierbei uns beruhigen wollten, so müssten wir folgern, dass nunmehr das Accrescenzrecht für die Collegatare durch den Eigenthumsübergang abgeschnitten sei. Die Billigkeit fordert aber gerade das Gegentheil. Denn enthielte es nicht eine Ungerechtigkeit, falls dem Eigenthumserwerber die Servitut nicht mehr durch dieselben Ursachen entzogen würde, welche, so lange er die neue Eigenschaft nicht besass, den Verlust des Rechtes ohne Weiteres bewirkt hätten? In dieser Erkenntniss gaben denn auch die berufenen Träger und Stützen des ius aequum im römischen Rechte, die Prätoren den Mitvermächtnissnehmern für einen solchen Fall eine utilis actio. „Sed praetor, subsecutus exemplum iuris civilis, utilem actionem dabit fructuario“[3]). Ulpian ging sogar einen Schritt weiter und erkannte in der l. 3. §. 2. cit. ausdrücklich den Fortbestand des Accrescenzrechtes zu Gunsten des Collegatars an. Gleichzeitig wurde aber andererseits auch der Satz statuirt, dass ebenso der Eigenthumserwerber gegenüber den andern Usufruktuaren sein Anwachsungsrecht ungeschmälert beibehalte. Auch dies ist nämlich eine Forderung der aequitas. Das Accrescenzrecht schöpft seine Kraft aus dem Vermächtniss; durch eine eintretende Consolidation wird keineswegs die Wirksamkeit des Legates beseitigt; mit ihm besteht also das Anwachsungsrecht uneingeschränkt fort. Seine Negirung

3) Vat. fr. §. 83.

erschiene übrigens höchst inconsequent gegenüber der Erwägung, dass ein mit andern vereint durch einen Ususfrukt Honorirter, der vor Erwerb des Legates die blosse Proprietät erlangt hat, dennoch als von Anfang an mit seinen Collegataren concurrirend vom Rechte anerkannt wird.